Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2014 Vol. 2

2e cahier, 2014 Vol. 2

Cited as [2014] 2 S.C.R. 323-632

Renvoi [2014] 2 R.C.S. 323-632

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN
AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL
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, 2014.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

CONTENTS

Canada (Attorney General) *v.* Confédération des syndicats nationaux 477

Civil procedure — Motion to dismiss — Stare decisis — Action to have certain statutory provisions relating to employment insurance declared unconstitutional — Motion to dismiss on basis that issues being raised had already been decided by Supreme Court of Canada in earlier decision — Whether motion to institute proceedings is correct in law even if alleged facts are assumed to be true — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165(4).

Grassy Narrows First Nation *v.* Ontario (Natural Resources) 447

Aboriginal law — Treaty rights — Harvesting rights — Interpretation of taking-up clause — Certain lands subject to treaty annexed to Ontario after signature of treaty between Ojibway and Canada — Whether province has authority to take up tracts of that land so as to limit harvesting rights under treaty or whether it requires federal approval to do so — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaty No. 3.

Quebec (Commission des normes du travail) *v.* Asphalte Desjardins inc. 514

Employment law — Contracts — Contract of employment for indeterminate term — Obligation to give notice of termination — Employee giving notice of termination to employer to terminate contract of employment as of later date — Employer terminating contract of employment before departure date announced by employee — Whether employer who receives notice of termination from employee can terminate contract of employment before notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay indemnity in lieu of such notice — Civil Code of Québec, arts. 2091, 2092 — Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83.

R. *v.* Hart 544

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — "Mr. Big" confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused's confessions should be excluded.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) *c.* Confédération des syndicats nationaux 477

Procédure civile — Requête en irrecevabilité — Stare decisis — Recours visant à faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions législatives relatives à l'assurance-emploi — Requête en irrecevabilité présentée au motif qu'un arrêt rendu auparavant par la Cour suprême du Canada tranchait déjà les questions soulevées — La requête introductive d'instance est-elle fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165(4).

Première Nation de Grassy Narrows *c.* Ontario (Ressources naturelles) 447

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droits de récolte — Interprétation d'une clause de prise des terres — Annexion à l'Ontario de certaines terres visées par un traité signé par les Ojibways et le Canada — La province a-t-elle le pouvoir de prendre des étendues de terres et de restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité ou doit-elle obtenir au préalable l'approbation du gouvernement fédéral? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Traité nº 3.

Québec (Commission des normes du travail) *c.* Asphalte Desjardins inc. 514

Droit de l'emploi — Contrats — Contrat de travail à durée indéterminée — Obligation de donner un délai de congé — Salarié ayant donné délai de congé à son employeur afin de mettre fin au contrat de travail à une date ultérieure — Employeur mettant fin au contrat de travail avant date de départ annoncée par salarié — L'employeur qui reçoit un délai de congé d'un salarié peut-il mettre fin au contrat de travail avant l'expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu? — Code civil du Québec, art. 2091, 2092 — Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83.

R. *c.* Hart 544

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d'une opération « Monsieur Big » — Aveu par l'accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d'une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d'établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l'admissibilité d'aveux issus d'une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d'exclure les aveux de l'accusé?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Courts — Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

R. *v.* Quesnelle 390

Criminal law — Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are "records" within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

R. *v.* Sipos 423

Criminal law — Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

R. *v.* Taylor 495

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed by police of his right to counsel — Accused informing police that he wished to speak to counsel — Police failing to facilitate contact with counsel at scene of accident and hospital — Blood drawn from accused at hospital without accused being able to consult counsel and used as basis for conviction — Whether police's failure to implement or facilitate access to counsel was in breach of accused's right to retain and instruct counsel without delay — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Tribunaux — Procédure — Publicité des débats — Demande de l'accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d'accéder à la demande — Était-il dans l'intérêt de la bonne administration de la justice d'exclure le public de la salle d'audience? — L'omission d'accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

R. *c.* Quesnelle 390

Droit criminel — Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d'une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du Code criminel de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt Mills? — L'exception prévue pour le dossier d'enquête ou de poursuite vaut-elle à l'égard de tous les rapports de police ou seulement à l'égard de ceux établis relativement à l'infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

R. *c.* Sipos 423

Droit criminel — Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu'il soit tenu compte de la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

R. *c.* Taylor 495

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé informé par les policiers de son droit à l'assistance d'un avocat — Mention aux policiers par l'accusé de son désir de parler à un avocat — Omission par les policiers de faciliter la communication avec un avocat sur les lieux de l'accident et à l'hôpital — Du sang prélevé de l'accusé à l'hôpital sans que ce dernier ait été en mesure de consulter un avocat a ensuite été utilisé comme pièce à conviction — L'omission des policiers de donner à l'accusé accès à un avocat ou de faciliter cet accès a-t-elle entraîné la violation du droit de l'accusé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve en cause devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

United Food and Commercial Workers, Local 503 *v*. Wal-Mart Canada Corp. 323

Labour relations — Certification — Maintenance of conditions of employment — Collective dismissal — Arbitration — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Union filing grievance alleging that dismissal of employees constituted unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of Quebec Labour Code — Whether s. 59 can be used to challenge resiliation of contracts of employment of all employees of establishment — If so, whether arbitrator rendered unreasonable award in concluding that, in this case, resiliations constituted unlawful change in conditions of employment — Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 59, 100.12.

SOMMAIRE (Fin)

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 *c*. Compagnie Wal-Mart du Canada 323

Relations du travail — Accréditation — Maintien des conditions de travail — Licenciement collectif — Arbitrage — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Grief du syndicat alléguant que le congédiement des salariés constitue une modification unilatérale aux conditions de travail prohibée par l'art. 59 du Code du travail du Québec — L'article 59 peut-il être invoqué pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement? — Dans l'affirmative, l'arbitre a-t-il rendu une décision déraisonnable en concluant que, en l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail? — Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 59, 100.12.

United Food and Commercial Workers, Local 503 *Appellant*

v.

Wal-Mart Canada Corp. *Respondent*

and

Conseil du patronat du Québec inc., Alliance of Manufacturers & Exporters Canada, also known as Canadian Manufacturers & Exporters, Canadian Association of Counsel to Employers and Confédération des syndicats nationaux *Interveners*

Indexed as: United Food and Commercial Workers, Local 503 *v.* Wal-Mart Canada Corp.

2014 SCC 45

File No.: 34920.

2013: December 6; 2014: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Certification — Maintenance of conditions of employment — Collective dismissal — Arbitration — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Union filing grievance alleging that dismissal of employees constituted unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of Quebec Labour Code — Whether s. 59 can be used to challenge resiliation of contracts of employment of all employees of establishment — If so, whether arbitrator rendered unreasonable award in concluding that, in this case, resiliations constituted unlawful change in

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 *Appelante*

c.

Compagnie Wal-Mart du Canada *Intimée*

et

Conseil du patronat du Québec inc., Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada, aussi connue sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada, Association canadienne des avocats d'employeurs et Confédération des syndicats nationaux *Intervenants*

Répertorié : Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 *c.* Compagnie Wal-Mart du Canada

2014 CSC 45

N° du greffe : 34920.

2013 : 6 décembre; 2014 : 27 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Accréditation — Maintien des conditions de travail — Licenciement collectif — Arbitrage — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Grief du syndicat alléguant que le congédiement des salariés constitue une modification unilatérale aux conditions de travail prohibée par l'art. 59 du Code du travail du Québec — L'article 59 peut-il être invoqué pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement? — Dans l'affirmative, l'arbitre a-t-il rendu une décision déraisonnable en concluant que, en

conditions of employment — Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 59, 100.12.

Wal-Mart opened its Jonquière establishment in 2001. In August 2004, the Commission des relations du travail certified United Food and Commercial Workers, Local 503 ("the Union") as the bargaining agent for the employees working at the establishment. In the months that followed, Wal-Mart and the Union met several times to negotiate the terms of a first collective agreement. These meetings proved to be unsuccessful, and on February 2, 2005, the Union applied to the Minister of Labour to appoint an arbitrator to settle the dispute that remained between the parties. One week later, Wal-Mart informed the Minister of Employment and Social Solidarity that it intended to resiliate the contracts of employment of all the approximately 200 employees who worked in its Jonquière establishment "for business reasons" on May 6 of that year. After breaking the news to its employees, the business actually closed its doors earlier than planned, on April 29, 2005. Believing that the decision was based on anti-union considerations, the employees and their union brought a series of proceedings against their former employer. In most of these proceedings, the result favoured Wal-Mart.

On March 23, 2005, the Union submitted the grievance at issue in this appeal. It alleged that the dismissal of the employees constituted a change in their conditions of employment that violated s. 59 of the *Labour Code* ("*Code*"), which provides that, from the filing of a petition for certification, an employer may not change its employees' conditions of employment while the collective agreement is being negotiated without the written consent of the certified association. Since Wal-Mart had not proved that its decision to dismiss was made in the ordinary course of its business, the arbitrator concluded that the resiliation of the contracts of employment of all the employees constituted a unilateral change that was prohibited by s. 59. His award was affirmed by the Superior Court, but overturned by the Court of Appeal. The judges of the Court of Appeal, although divided on how broadly s. 59 should be construed, agreed that the section did not apply in the circumstances of the case before them.

Held (Rothstein and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the case remanded to the arbitrator to determine the appropriate remedy in accordance with the disposition of his award.

l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail? — Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 59, 100.12.

Wal-Mart inaugure son établissement de Jonquière au cours de l'année 2001. En août 2004, la Commission des relations du travail accrédite les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 (« le Syndicat »), à titre d'agent négociateur pour les employés travaillant à cet établissement. Dans les mois qui suivent, Wal-Mart et le Syndicat tiennent plusieurs rencontres dans le but de négocier le contenu d'une première convention collective. Ces pourparlers s'avérant infructueux, le Syndicat demande au ministre du Travail, le 2 février 2005, de nommer un arbitre qui sera chargé de régler le différend subsistant entre les parties. Une semaine plus tard, Wal-Mart avise le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale de son intention de résilier, le 6 mai de la même année, l'ensemble des contrats de travail des quelque 200 employés qui travaillent dans son établissement de Jonquière « pour des raisons d'affaires ». Après avoir annoncé la nouvelle à ses employés, l'entreprise ferme en définitive ses portes plus tôt que prévu, soit le 29 avril 2005. Placés devant une décision motivée selon eux par des considérations antisyndicales, les employés et leur syndicat entament une série de recours contre leur ancien employeur. Dans la majorité de ces recours, l'issue sera favorable à Wal-Mart.

Le 23 mars 2005, le Syndicat dépose le grief à la base du présent pourvoi. Il allègue que le congédiement des employés constitue une modification des conditions de travail qui contrevient à l'art. 59 du *Code du travail* (« *Code* »). Cette disposition interdit à l'employeur, à compter du dépôt d'une requête en accréditation, de modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de l'association accréditée durant la négociation de la convention collective. Puisque Wal-Mart n'a pas démontré que sa décision de congédier a été prise dans le cours normal de ses opérations, l'arbitre conclut que la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés constituait une modification unilatérale prohibée par l'art. 59. Confirmée en Cour supérieure, cette décision est toutefois infirmée par la Cour d'appel. Divisés sur la portée de l'interprétation à donner à l'art. 59, les juges d'appel s'accordent pour conclure qu'il ne s'applique pas dans les circonstances de l'affaire dont ils sont saisis.

Arrêt (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le dossier est renvoyé à l'arbitre pour qu'il détermine la réparation appropriée conformément au dispositif de sa sentence arbitrale.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The true function of s. 59 of the *Code* is to foster the exercise of the right of association. Its purpose in circumscribing the employer's powers is not merely to strike a balance or maintain the *status quo* during the negotiation of a collective agreement, but is more precisely to facilitate certification and ensure that the parties bargain in good faith. The "freeze" on conditions of employment codified by s. 59 limits any influence the employer might have on the association-forming process, eases the concerns of employees who actively exercise their rights, and facilitates the development of what will eventually become the labour relations framework for the business.

Since s. 59 is not directly concerned with the punishment of anti-union conduct, the prohibition for which it provides will apply regardless of whether it is proven that the employer's decision was motivated by anti-union animus. It is the union representing the employees that must prove that a unilateral change in working conditions has been made for the purposes of s. 59. To discharge this burden, the union must show: (1) that a condition of employment existed on the day the petition for certification was filed or a previous collective agreement expired; (2) that the condition was changed without its consent; and (3) that the change was made during the prohibition period. The "condition of employment" concept is a flexible one that encompasses anything having to do with the employment relationship on either an individual or a collective level. The right to maintenance of the employment relationship is the basis for a condition of employment for employees, although that condition is nevertheless subject to the employer's exercise of its management power. Unlike s. 17 of the *Code*, s. 59 does not create a presumption of change or automatically reverse the burden of proof. The union must adduce sufficient evidence to prove that the alleged change is inconsistent with the employer's normal management practices. However, nothing prevents the arbitrator hearing the complaint from drawing presumptions of fact from the whole of the evidence presented before him or her in accordance with the general rules of the law of civil evidence as normally applied. As a result, if the union submits evidence from which the arbitrator can infer that a specific change does not seem to be consistent with the employer's normal management practices, a failure by the employer to adduce evidence to the contrary is likely to have an adverse effect on its case. A change can be found to be consistent with the employer's "normal management policy" if (1) it is consistent with

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : La fonction véritable de l'art. 59 du *Code* consiste à favoriser l'exercice du droit d'association. En effet, en encadrant les pouvoirs de l'employeur, cette disposition ne vise pas seulement à créer un équilibre ni à assurer le statu quo durant la négociation de la convention collective, mais plus exactement à faciliter l'accréditation et à favoriser entre les parties la négociation de bonne foi. Le « gel » des conditions de travail que codifie l'art. 59 restreint l'influence potentielle de l'employeur sur le processus associatif, diminue les craintes des employés qui exercent activement leurs droits et facilite le développement de ce qui deviendra éventuellement le cadre des relations de travail au sein de l'entreprise.

Comme l'art. 59 ne vise pas directement à punir un comportement antisyndical, une preuve indiquant que la décision de l'employeur est motivée par un quelconque *animus* antisyndical n'est pas nécessaire pour que s'applique la prohibition édictée par cet article. La preuve d'une modification unilatérale des conditions de travail au sens de l'art. 59 revient au syndicat représentant les employés. Pour se décharger de ce fardeau, ce dernier devra démontrer : (1) qu'une condition de travail existait au jour du dépôt de la requête en accréditation ou de l'expiration d'une convention collective antérieure; (2) que cette condition a été modifiée sans son consentement; (3) que cette modification est survenue pendant la période prohibée. La notion de condition de travail représente une expression flexible qui englobe tout ce qui a trait à la relation d'emploi, tant sur le plan individuel que collectif. Le droit au maintien du lien d'emploi constitue pour le salarié l'objet d'une condition de travail, mais celle-ci reste toujours sujette à l'exercice du pouvoir de gestion de l'employeur. Contrairement à l'art. 17 du *Code*, l'art. 59 ne crée ni présomption de modification ni renversement automatique du fardeau de preuve. Le syndicat doit présenter des éléments de preuve suffisants pour établir l'incompatibilité entre le changement allégué et les pratiques habituelles de gestion de l'employeur. Toutefois, rien n'empêche l'arbitre chargé d'entendre la plainte d'induire des présomptions de fait de l'ensemble de la preuve présentée devant lui, conformément aux règles générales du droit de la preuve civile et à leur mise en application normale. Ainsi, dans la mesure où le syndicat offre des éléments de preuve permettant à l'arbitre d'induire qu'un changement donné ne semble pas être conforme à ces pratiques habituelles, l'absence de présentation d'une preuve contraire par l'employeur risque de lui être défavorable. Un changement pourra être déclaré conforme à la « politique habituelle de gestion »

the employer's past management practices or, failing that, (2) it is consistent with the decision that a reasonable employer would have made in the same circumstances. The arbitrator must be satisfied that those circumstances exist and that they are genuine.

In the case of a complaint under s. 59, s. 100.12 of the *Code* and art. 1590 of the *Civil Code of Québec* confer broad remedial powers on the arbitrator. An arbitrator can order reparation in kind, but where the circumstances do not lend themselves to such a remedy, he or she can order reparation by equivalence. The latter remedy will be appropriate where the employer goes out of business either in part or completely, at least insofar as it is impossible to reinstate the employees dismissed in contravention of s. 59. Unlike s. 15 of the *Code*, s. 59 contains no word or language that would support a conclusion that its applicability depends on the existence of an active business or, more simply, of a possibility of reinstatement. *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, therefore cannot support the conclusion that the closure of a business rules out any possibility of applying s. 59 of the *Code*. In the instant case, there is nothing to preclude the arbitrator from ordering an alternative remedy in the form of damages.

An arbitrator, who is required by law to decide any complaint based on s. 59 of the *Code*, has considerable discretion in doing so that the ordinary courts must respect. Deference is in order, and judicial review will be available only if the award was unreasonable. In this case, the arbitrator's award is clearly one of the possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. The arbitrator was right to decide that invoking the closure of the Jonquière establishment did not on its own suffice to justify the change for the purposes of s. 59. He did not place an inappropriate burden of proof on the employer. His statement that Wal-Mart had not shown the closure to have been made in the ordinary course of the company's business was grounded in his view that the Union had already presented sufficient evidence to satisfy him that the change was not consistent with the employer's past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances. It was in fact reasonable to find that a reasonable employer would not close an establishment that "was performing very well" and whose "objectives were being met" to such an extent that bonuses were being promised. These inferences of fact, which Wal-Mart did not challenge, led the arbitrator to hold that the resiliation of the contracts of employment and, therefore, the change in the conditions of employment of all the establishment's

de l'employeur (1) s'il est cohérent avec ses pratiques antérieures de gestion ou, à défaut, (2) s'il est conforme à la décision qu'aurait prise un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. L'arbitre devra être convaincu de l'existence de ces circonstances et de leur véracité.

Dans le cas d'une plainte portée en vertu de l'art. 59, les art. 100.12 du *Code* et 1590 du *Code civil du Québec* octroient à l'arbitre de larges pouvoirs de réparation. Il peut octroyer une réparation en nature, mais si le contexte ne le permet pas, il peut ordonner une réparation par équivalent. Ce type de réparation sera approprié si l'employeur met fin aux activités d'une partie ou de l'ensemble de son entreprise, à tout le moins dans la mesure où la réintégration des employés congédiés en violation de l'art. 59 est impossible. À la différence de l'art. 15 du *Code*, l'art. 59 ne contient ni mot ni formule justifiant de conclure que son applicabilité dépend de l'existence d'une entreprise active, voire, plus simplement, d'une possibilité de réintégration. Dans ce contexte, l'arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, ne peut soutenir la conclusion que la fermeture d'une entreprise écarte toute possibilité d'application de l'art. 59 du *Code*. En l'espèce, rien n'empêche l'arbitre d'ordonner une réparation subsidiaire, sous forme de dommages-intérêts.

Chargé par la loi de statuer sur toute plainte fondée sur l'art. 59 du *Code*, l'arbitre dispose à cette fin d'une grande latitude que se doivent de respecter les tribunaux de droit commun. La déférence s'impose, et seule une décision déraisonnable permettra une révision judiciaire. En l'espèce, la décision de l'arbitre s'inscrit clairement parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. L'arbitre a eu raison de décider que le simple fait d'invoquer la fermeture de l'établissement de Jonquière n'était pas suffisant pour justifier la modification au sens de l'art. 59. Il n'a pas imposé à l'employeur un fardeau de preuve inapproprié. Lorsque l'arbitre affirme que Wal-Mart n'a pas démontré que la fermeture s'inscrivait dans le cours normal des affaires de l'entreprise, il retient que le Syndicat a déjà présenté suffisamment d'éléments de preuve pour le convaincre que la modification n'était pas conforme aux pratiques antérieures de gestion de l'employeur ou à celles d'un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En effet, on peut raisonnablement conclure que cet employeur raisonnable n'aurait pas fermé les portes d'un établissement qui « évoluait très bien » et où « les objectifs étaient rencontrés », à tel point que des bonis étaient promis. Ces inférences de faits, que Wal-Mart n'a pas contestées, ont amené l'arbitre à conclure que la résiliation des contrats de travail, et donc

employees violated s. 59. This conclusion was reasonable in light of the facts and the law.

Per Rothstein and Wagner JJ. (dissenting): Section 59 of the *Code* does not apply in situations involving the complete and permanent closure of a business. As this Court stated in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, the recourse available in such circumstances lies under ss. 12 to 14 of the *Code*.

Section 59 cannot apply to Wal-Mart's genuine and definitive closure of its Jonquière store because it would require Wal-Mart to justify its decision to close the store, which is inconsistent with the employer's right, under Quebec law, to close its business for any reason. The sole requirement is that the business closure be genuine and definitive. Once an employer exercises its right to close up shop, then s. 59 of the *Code* cannot impose an additional *ex post facto* justification requirement simply because this closure gives rise to a secondary effect — the collective termination of employees. A store closure, by definition, does not conform to previous business practices. If s. 59 were to apply to a situation of store closure, the result would be that businesses could never prove a store closure was business as usual. It would also mean that the employer would be prevented from exercising its right to close its business during the s. 59 freeze period and yet could, immediately upon the conclusion of a collective agreement, the exercise of the right of lock out or strike, or the issuance of an arbitration award, close its business for any reason. Legislation cannot be interpreted to give rise to such absurd results. To apply s. 59 to business closure situations would also undermine the *Code*'s assignment of the burden of proof and thereby disrupt the *Code*'s internal coherence. Under ss. 12 to 14, the claimant must prove that anti-union animus motivated the store closure. Contrarily, under s. 59, the employer would bear the burden of justifying the store closure under the "business as usual" rule.

The text and context of s. 59 of the *Code* also indicate that it cannot apply to a business closure situation because it presupposes the existence of an ongoing business. Section 59 is designed to facilitate the conclusion of a collective agreement within an existing employment

la modification des conditions de travail de l'ensemble des employés de l'établissement, contrevenait à l'art. 59. À la lumière des faits et du droit, cette conclusion est raisonnable.

Les juges Rothstein et Wagner (dissidents) : L'article 59 du *Code* ne s'applique pas dans les situations où il y a fermeture complète et définitive d'une entreprise. Comme l'a déclaré notre Cour dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, le recours qui peut être exercé dans une telle situation est prévu aux art. 12 à 14 du *Code*.

L'article 59 ne peut s'appliquer à la fermeture réelle et définitive par Wal-Mart de son magasin de Jonquière, puisque cela obligerait l'entreprise à justifier sa décision de fermer son magasin, exigence incompatible avec le droit que possèdent les employeurs, en droit québécois, de fermer leur entreprise pour quelque raison que ce soit. La seule exigence est qu'il s'agisse d'une fermeture d'entreprise réelle et définitive. Dès lors qu'un employeur exerce son droit de fermer boutique, l'art. 59 du *Code* ne saurait imposer *ex post facto* une obligation additionnelle de justification, simplement parce que cette fermeture entraîne un effet secondaire — à savoir le congédiement collectif des salariés. Par définition, la fermeture d'un magasin n'est pas une mesure conforme aux pratiques antérieures de gestion. Si l'article 59 s'appliquait aux situations de fermeture de magasin, il s'ensuivrait qu'une entreprise ayant fermé un magasin ne pourrait jamais prouver que la fermeture de ce magasin s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Cela impliquerait également que l'employeur serait empêché d'exercer son droit de fermer son entreprise pendant la période de gel des conditions de travail prescrite par l'art. 59, mais que, dès la conclusion d'une convention collective, l'exercice du droit de lock-out ou de grève ou encore le prononcé d'une sentence arbitrale, il pourrait le faire pour quelque raison que ce soit. Une loi ne peut être interprétée d'une manière conduisant à des résultats aussi absurdes. L'application de l'art. 59 aux situations de fermeture d'entreprise aurait en outre pour effet d'altérer l'attribution du fardeau de la preuve dans le *Code* et, de ce fait, de briser la cohérence interne de celui-ci. Dans le cadre d'une demande fondée sur les art. 12 à 14, le demandeur doit prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisyndicalisme. À l'inverse, sous le régime de l'art. 59, l'employeur aurait le fardeau de justifier la fermeture du magasin suivant la règle du « cours normal des affaires ».

De plus, il ressort du texte et du contexte de l'art. 59 du *Code* que cette disposition ne peut s'appliquer à une situation de fermeture d'entreprise, puisqu'elle présuppose l'existence d'une entreprise active. L'article 59 vise à faciliter la conclusion d'une convention

relationship; it is not designed to maintain the employment relationship.

Finally, s. 59 cannot apply in the context of a business closure as there is no appropriate remedy available to the arbitrator. Where there is a breach of s. 59, then, the arbitrator must provide a remedy that restores the *status quo ante*. Since employers in Quebec have the right to close their business, an arbitrator cannot order an employer to reopen a store. While it is true that an arbitrator has the power to award damages under s. 100.12 of the *Code*, such a remedy would be inconsistent with the purpose of s. 59, since it would not restore the balance between the parties or facilitate the conclusion of a collective agreement. Arbitrators may award damages to compensate for harm that cannot be compensated for by an award in kind. Wal-Mart has already compensated employees of the Jonquière store for the loss of their jobs by paying them severance pay in an amount equal to two weeks of work per year of service. Since s. 59 does not apply to the business closure situation, it gives rise to no additional financial consequences for Wal-Mart.

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; **referred to:** *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII), aff'd 2005 QCCRT 385 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3797 (CanLII); *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037, aff'd 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Plourde v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3165 (CanLII), aff'd 2007 QCCA 1210 (CanLII), aff'd 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *La Reine v. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97; *Club coopératif de consommation d'Amos v. Union des employés de commerce, section*

collective dans le cadre d'une relation d'emploi existante; il ne vise pas à maintenir la relation d'emploi.

Finalement, l'art. 59 ne peut pas s'appliquer en cas de fermeture d'entreprise, car l'arbitre ne dispose d'aucune mesure de réparation appropriée qu'il pourrait accorder à cet égard. Lorsqu'il survient un manquement à cette disposition, l'arbitre doit alors façonner une réparation qui rétablisse le *statu quo ante*, la situation antérieure. Étant donné que, au Québec, les employeurs ont le droit de fermer leur entreprise, un arbitre ne peut ordonner à un employeur de rouvrir un magasin. Bien qu'il soit vrai qu'un arbitre a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts en vertu de l'art. 100.12 du *Code*, une telle réparation serait incompatible avec l'objet de l'art. 59, puisqu'elle n'aurait pas pour effet de restaurer l'équilibre entre les parties ou de faciliter la conclusion d'une convention collective. Les arbitres peuvent accorder des dommages-intérêts pour dédommager quelqu'un d'un préjudice qui ne peut être réparé par voie d'exécution en nature. Wal-Mart a déjà dédommagé les salariés du magasin de Jonquière de la perte de leur emploi en leur versant une indemnité de départ d'un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Comme l'art. 59 ne s'applique pas aux situations de fermeture d'entreprise, il n'entraîne aucune conséquence financière additionnelle pour Wal-Mart.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; **arrêts mentionnés :** *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII), conf. par 2005 QCCRT 385 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3797 (CanLII); *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037, conf. par 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3165 (CanLII), conf. par 2007 QCCA 1210 (CanLII), conf. par 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540; *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *La Reine c. Harricana Metal Inc.*, [1970]

locale 508, [1985] AZ-85141201; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579; *Coopérative étudiante Laval v. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval*, [1984] AZ-84141225; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) v. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069; *Plastalène Corp. v. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec v. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137, aff'd 2001 CanLII 38640; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 v. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. v. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008; *Sobey's inc. (N° 650) v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)*, [1996] AZ-96141261; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. v. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] S.C.R. 206; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) v. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Séminaire de la Très Sainte-Trinité v. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *Union des employés de commerce, local 500 v. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn v. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice v. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65; *Union des employé-e-s de service, local 800 v. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) v. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Fraternité des policiers et policières de Carignan v. Ville de Carignan*, T.T. 97; *Club coopératif de consommation d'Amos c. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579; *Coopérative étudiante Laval c. Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval*, [1984] AZ-84141225; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) c. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069; *Plastalène Corp. c. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec c. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137, conf. par 2001 CanLII 38640; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. c. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008; *Sobey's inc. (N° 650) c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN)*, [1996] AZ-96141261; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. c. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] R.C.S. 206; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) c. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Séminaire de la Très Sainte-Trinité c. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *Union des employés de commerce, local 500 c. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn c. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice c. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65; *Union des employé-e-s de service, local 800 c. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) c. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Fraternité des policiers*

[2000] AZ-00142040; *Gravel & Fils Inc. v. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87; *Woolco (No. 6291) v. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) v. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Société du centre Pierre-Péladeau v. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN v. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540; *Spar Aerospace Products Ltd. v. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139; *Bizeau v. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CIRB 261 (CanLII); *Public Service Alliance of Canada v. Hamlet of Kugaaruk*, 2010 CIRB 554 (CanLII); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 v. Journal de Québec, division de Groupe Québécor inc.*, [1996] R.J.Q. 299; *Sobey's inc., N° 650 v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill v. Munaca*, [2003] AZ-50193382, aff'd [2004] AZ-50264810; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727; *Hôpital St-Charles de Joliette v. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) v. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); *Travelways Ltd. v. Legendre*, [1987] AZ-87149123; *Natrel inc. v. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, 2001 SCC 47, [2001] 2 S.C.R. 565; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Olymel, s.e.c. v. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) v. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 v. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022; *S.E.D.A.C. et policières de Carignan c. Ville de Carignan*, [2000] AZ-00142040; *Gravel & Fils Inc. c. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87; *Woolco (No. 6291) c. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) c. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Société du centre Pierre-Péladeau c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN c. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540; *Spar Aerospace Products Ltd. c. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139; *Bizeau c. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CCRI 261 (CanLII); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Hameau de Kugaaruk*, 2010 CCRI 554 (CanLII); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, division de Groupe Québécor inc.*, [1996] R.J.Q. 299; *Sobey's inc., N° 650 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill c. Munaca*, [2003] AZ-50193382, conf. par [2004] AZ-50264810; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727; *Hôpital St-Charles de Joliette c. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); *Travelways Ltd. c. Legendre*, [1987] AZ-87149123; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, 2001 CSC 47, [2001] 2 R.C.S. 565; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) c. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452; *Syndicat*

Laboratoires inc. v. Turcotte, [1998] AZ-98029150; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Consolidated-Bathurst Inc. v. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) v. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII).

canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 c. Desnoyers, [1996] AZ-96029022; *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. c. Turcotte*, [1998] AZ-98029150; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Consolidated-Bathurst Inc. c. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII).

By Rothstein and Wagner JJ. (dissenting)

Plourde v. Wal-Mart Canada Corp., 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 v. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

Citée par les juges Rothstein et Wagner (dissidents)

Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); *Boutin c. Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *A.I.E.S.T., local de scène nº 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874; *Conseil conjoint du Québec, Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 c. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 124.

Act to amend the Labour Code and the Labour and Manpower Department Act, S.Q. 1977, c. 41, s. 48.

Act to constitute a Labour Relations Board, S.Q. 1944, c. 30.

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

Civil Code of Québec, arts. 1375, 1434, 1458, 1590, 1607, 2091, 2094, 2846, 2849.

Interpretation Act, CQLR, c. I-16, s. 41.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, ch. C-12.

Code civil du Québec, art. 1375, 1434, 1458, 1590, 1607, 2091, 2094, 2846, 2849.

Code du travail, RLRQ, ch. C-27, art. 12, 14, 15 à 19, 58, 59, 93.1, 100.10, 100.12, 114, 139, 139.1, 140.

Code du travail, S.R.Q. 1964, ch. 141.

Loi d'interprétation, RLRQ, ch. I-16, art. 41.

Loi des relations ouvrières, S.R.Q. 1941, ch. 162A, art. 24(1).

Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 12, 14, 15 to 19, 58, 59, 93.1, 100.10, 100.12, 114, 139, 139.1, 140.
Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141.
Labour Relations Act, R.S.Q. 1941, c. 162A, s. 24(1).
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 49).
Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec: Presses universitaires Laval, 1955.
Bergeron, Marius G. "La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout", dans Gérard Hébert et autres, dir., *Le Code du Travail du Québec (1965): le XXe congrès des relations industrielles de l'Université Laval*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1965, 135.
Blouin, Rodrigue. "La convention collective de travail en tant qu'instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d'où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l'éducation", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 51.
Burkett, Brian W., et al. *Federal Labour Law and Practice*. Toronto: Canada Law Book, 2013.
Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
Côté, André C. "Le gel statutaire des conditions de travail" (1986), 17 *R.G.D.* 151.
Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1971.
Hébert, Gérard. "Trends in the New Quebec Labour Code" (1965), 20 *I.R.* 61.

Loi instituant une commission de relations ouvrières, S.Q. 1944, ch. 30.
Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d'œuvre, L.Q. 1977, ch. 41, art. 48.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 124.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935).

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 49).
Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec : Presses universitaires Laval, 1955.
Bergeron, Marius G. « La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout », dans Gérard Hébert et autres, dir., *Le Code du Travail du Québec (1965) : le XXe congrès des relations industrielles de l'Université Laval*. Québec : Presses de l'Université Laval, 1965, 135.
Blouin, Rodrigue. « La convention collective de travail en tant qu'instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d'où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l'éducation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 51.
Burkett, Brian W., et al. *Federal Labour Law and Practice*. Toronto : Canada Law Book, 2013.
Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
Côté, André C. « Le gel statutaire des conditions de travail » (1986), 17 *R.G.D.* 151.
Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec : Presses de l'Université Laval, 1971.
Hébert, Gérard. « Le Code du travail du Québec : Principales orientations » (1965), 20 *R.I.* 52.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2012.

Morin, Fernand. *Le Code du travail: sa nature, sa portée, ses effets*. Québec: Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1971.

Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.

Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012.

Québec. *Le travail: une responsabilité collective: Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*. Québec: Gouvernement du Québec, 1985.

Quebec. National Assembly. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, no 22, 2e sess., 36e lég., 29 mai 2001, p. 47.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Trudeau, Gilles. "L'arbitrage des griefs au Canada: plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 249.

Veilleux, Diane. "La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée!" (1995), 55 *R. du B.* 429.

Verge, Pierre, et Dominic Roux. "Fermer l'entreprise: un 'droit'. . . absolu?", dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 223.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal: Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, Léger and Gagnon JJ.A.), 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978, [2012] R.J.D.T. 387, [2012] AZ-50856639, [2012] J.Q. no 4538 (QL), 2012 CarswellQue 4819, setting aside a decision of Moulin J., 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118, [2010] AZ-50678295, [2010] J.Q. no 10112 (QL), 2010 CarswellQue 10570, dismissing an application for judicial review of an arbitral award, [2009] R.J.D.T. 1439. Appeal allowed, Rothstein and Wagner JJ. dissenting.

Claude Leblanc, *Bernard Philion*, *Gilles Grenier* and *Stéphanie Lindsay*, for the appellant.

Corrado De Stefano, *Frédéric Massé*, *Danny Kaufer* and *Louis Leclerc*, for the respondent.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2012.

Morin, Fernand. *Le Code du travail : sa nature, sa portée, ses effets*. Québec : Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1971.

Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.

Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, no 22, 2e sess., 36e lég., 29 mai 2001, p. 47.

Québec. *Le travail : une responsabilité collective : Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*. Québec : Gouvernement du Québec, 1985.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Trudeau, Gilles. « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » (2005), 84 *R. du B. can.* 249.

Veilleux, Diane. « La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée! » (1995), 55 *R. du B.* 429.

Verge, Pierre, et Dominic Roux. « Fermer l'entreprise : un "droit". . . absolu? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006, 223.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal : Thémis, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Vézina, Léger et Gagnon), 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978, [2012] R.J.D.T. 387, [2012] AZ-50856639, [2012] J.Q. no 4538 (QL), 2012 CarswellQue 4819, qui a infirmé une décision du juge Moulin, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118, [2010] AZ-50678295, [2010] J.Q. no 10112 (QL), 2010 CarswellQue 10570, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale, [2009] R.J.D.T. 1439. Pourvoi accueilli, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Claude Leblanc, *Bernard Philion*, *Gilles Grenier* et *Stéphanie Lindsay*, pour l'appelante.

Corrado De Stefano, *Frédéric Massé*, *Danny Kaufer* et *Louis Leclerc*, pour l'intimée.

Ronald J. McRobie, *Dominique Monet* and *Guy-François Lamy*, for the intervener Conseil du patronat du Québec inc.

George Avraam, *Mark Mendl* and *Cherrine Chow*, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

Stephen F. Penney and *Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

Éric Lévesque, *Isabelle Lanson* and *Karim Lebnan*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

[1] On April 29, 2005, Wal-Mart Canada Corp. ("Wal-Mart") closed its store in Jonquière in the Saguenay-Lac-Saint-Jean region. The closure, which had been announced the day an arbitrator was appointed to resolve an impasse in negotiations for a first collective agreement with the union certified for that establishment, led to a series of proceedings based on various sections of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 ("*Code*"), and the *Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1 ("*A.L.S.*"). This appeal, the final chapter in this long legal battle, concerns the interpretation of the first paragraph of s. 59 of the *Code*, which reads as follows:

From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

[2] On being asked to determine whether that provision applied in the context of the closure of

Ronald J. McRobie, *Dominique Monet* et *Guy-François Lamy*, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec inc.

George Avraam, *Mark Mendl* et *Cherrine Chow*, pour l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada.

Stephen F. Penney et *Jeffrey W. Beedell*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs.

Éric Lévesque, *Isabelle Lanson* et *Karim Lebnan*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

[1] Le 29 avril 2005, la Compagnie Wal-Mart du Canada (« Wal-Mart ») ferme son magasin de Jonquière, dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean. Annoncée le jour de la nomination d'un arbitre chargé de résoudre une impasse dans les négociations entamées avec le syndicat accrédité pour cet établissement afin de conclure une première convention collective, cette fermeture entraînera une série de recours fondés sur divers articles du *Code du travail*, RLRQ, ch. C-27 (« *Code* »), et de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, ch. N-1.1 (« *L.n.t.* »). Dernier épisode de cette longue bataille juridique, le présent pourvoi porte sur l'interprétation du premier alinéa de l'art. 59 du *Code*, qui est rédigé ainsi :

À compter du dépôt d'une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l'association accréditée.

[2] Appelé à statuer sur l'application de cette disposition dans le contexte de la fermeture de

the Jonquière establishment, arbitrator Jean-Guy Ménard concluded that the resiliation of the contracts of employment of all the employees of that establishment constituted a prohibited unilateral change. His award was affirmed by the Superior Court, but overturned by the Court of Appeal. The judges of the Court of Appeal, although divided on how broadly s. 59 should be construed, agreed that the section did not apply in the circumstances of the case before them.

[3] In my opinion, the Court of Appeal erred in intervening as it did. Arbitrator Ménard's analysis and the conclusions he drew are not unreasonable. On the contrary, it seems to me that the prohibition provided for in s. 59 of the *Code* is indeed applicable to the facts of this case. I would accordingly allow the appeal, dismiss the application for judicial review and declare the arbitration award, and its disposition, to be valid.

II. Origins and History of Litigation Between Wal-Mart and the Union

[4] Wal-Mart opened its Jonquière establishment in 2001. Three years later, in August 2004, the Commission des relations du travail ("Commission") certified United Food and Commercial Workers, Local 503 ("the Union") as the bargaining agent for the employees working at the establishment. In the months that followed, Wal-Mart and the Union met approximately 10 times to negotiate the terms of what would in normal circumstances have become the first collective agreement between the parties.

[5] These meetings proved to be unsuccessful, and the Union therefore availed itself of the option of first agreement arbitration under s. 93.1 of the *Code* on February 2, 2005, applying to the Minister of Labour to appoint an arbitrator to "settle the dispute" that remained between the parties. One week later, Wal-Mart informed the Minister of Employment and Social Solidarity that it intended to close its Jonquière establishment on May 6 of that year and that, on the same date, it would be resiliating

l'établissement de Jonquière, l'arbitre Jean-Guy Ménard conclut que la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés de cet établissement constituait une modification unilatérale prohibée. Confirmée en Cour supérieure, cette décision fut toutefois infirmée par la Cour d'appel. Divisés sur la portée de l'interprétation à donner à l'art. 59, les juges d'appel s'accordèrent pour conclure qu'il ne s'appliquait pas dans les circonstances de l'affaire dont ils étaient saisis.

[3] À mon avis, la Cour d'appel a fait erreur en intervenant comme elle l'a fait. En effet, l'analyse que propose l'arbitre Ménard et les conclusions qu'il tire ne sont pas déraisonnables. Bien au contraire, la prohibition de l'art. 59 du *Code* me semble bel et bien applicable à la situation factuelle du présent dossier. En conséquence, je propose d'accueillir le pourvoi, de rejeter la demande de révision judiciaire et de confirmer la validité de la sentence arbitrale et de son dispositif.

II. Les origines et le déroulement des litiges antérieurs entre Wal-Mart et le Syndicat

[4] Wal-Mart inaugure son établissement de Jonquière au cours de l'année 2001. Trois ans plus tard, en août 2004, la Commission des relations du travail (« Commission ») accrédite les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 (« le Syndicat »), à titre d'agent négociateur pour les employés travaillant à cet établissement. Dans les mois qui suivent, Wal-Mart et le Syndicat tiennent près de 10 rencontres dans le but de négocier le contenu de ce qui devait normalement devenir la première convention collective entre les parties.

[5] Ces pourparlers s'avérant infructueux, le Syndicat se prévaut, le 2 février 2005, de la possibilité qu'offre l'art. 93.1 du *Code* de recourir à l'arbitrage pour la première convention. Il demande alors au ministre du Travail de nommer un arbitre qui sera chargé de « régler le différend » subsistant entre les parties. Une semaine plus tard, Wal-Mart avise le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale de son intention de fermer son établissement de Jonquière, le 6 mai de la même année. Du même

the contracts of employment of all the employees who worked there. After breaking the news to its employees, the business actually closed its doors earlier than planned, on April 29, 2005. Nearly 200 employees lost their jobs.

trait, l'entreprise l'informe qu'elle résiliera, à la même date, l'ensemble des contrats de travail des employés qui travaillent dans cet établissement. Après avoir annoncé la nouvelle à ses employés, l'entreprise ferme en définitive ses portes plus tôt que prévu, soit le 29 avril 2005. Près de 200 salariés perdent alors leur emploi.

[6] Believing that the decision was based on anti-union considerations, the employees and their union brought a series of proceedings against their former employer. On March 23, 2005, before the establishment had even closed, the Union submitted the grievance at issue in this appeal. The next day, the Union and several employees applied to the Commission for an interlocutory and permanent order enjoining the company to keep its Jonquière establishment open. The following month, one of the employees, Alain Pednault, applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against his employer, arguing, *inter alia*, that the employer had violated various rights protected by the *Code* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12. Finally, a few weeks after the establishment closed, a group of employees that included Gaétan Plourde filed a series of complaints with the Commission under ss. 15 to 19 of the *Code*, which prohibit dismissals and other actions taken in response to employees' union activities.

[6] Placés devant une décision motivée selon eux par des considérations antisyndicales, les employés et leur syndicat entament une série de recours contre leur ancien employeur. Ainsi, avant même la fermeture de l'établissement, le 23 mars 2005, le Syndicat dépose le grief à la base du présent pourvoi. Le lendemain, le Syndicat et plusieurs salariés demandent à la Commission de rendre une ordonnance interlocutoire et permanente forçant l'entreprise à maintenir ouvert son établissement de Jonquière. Le mois suivant, un des salariés, Alain Pednault, demande à la Cour supérieure de l'autoriser à exercer un recours collectif contre son employeur. Il plaide, entre autres moyens, la violation de divers droits protégés par le *Code* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, ch. C-12. Finalement, quelques semaines après la fermeture de l'établissement, un groupe d'employés, dont fait partie Gaétan Plourde, dépose devant la Commission une série de plaintes fondées sur les art. 15 à 19 du *Code*, dispositions qui interdisent les congédiements et autres mesures prises en raison des activités syndicales des salariés.

[7] In most of these proceedings, the result favoured Wal-Mart. First, the Commission dismissed the application for an order enjoining the company to keep its Jonquière establishment open, holding that no *prima facie* case had been made out (*Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), aff'd 2005 QCCRT 385 (CanLII), and 2007 QCCS 3797 (CanLII)). Next, the Superior Court dismissed Mr. Pednault's application for authorization to institute a class action. It found, and the Court of Appeal agreed, that the Commission had exclusive jurisdiction over the subject matter of the proposed action (*Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037 (Que. Sup. Ct.), aff'd 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266).

[7] Dans la majorité de ces recours, l'issue sera favorable à Wal-Mart. D'abord, la Commission rejettera, faute d'apparence de droit, la demande d'ordonnance visant à forcer l'entreprise à maintenir actif son établissement de Jonquière (*Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), conf. par 2005 QCCRT 385 (CanLII), et 2007 QCCS 3797 (CanLII)). Ensuite, la Cour supérieure refusera d'autoriser M. Pednault à exercer un recours collectif. Tout comme la Cour d'appel, elle reconnaîtra à la Commission une compétence exclusive sur l'objet de ce recours (*Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 CanLII 41037 (C.S. Qué.), conf. par 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266).

[8] Finally, the complaints in which Mr. Plourde and his coworkers alleged a violation of ss. 15 to 19 of the *Code* were ultimately rejected by a majority of this Court (*Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), aff'd 2007 QCCS 3165 (CanLII), 2007 QCCA 1210 (CanLII), and 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540). In that first case, Mr. Plourde argued that he, together with other employees, had been dismissed for his union activities. Relying on ss. 15 to 19 of the *Code*, he sought to be reinstated in his job. The Court's answer, which was purely procedural (para. 4), was essentially based on the language of s. 15.

[9] The majority of this Court found that the language of that section is clear: the course open to the Commission is to order that an unlawfully dismissed worker be reinstated "in his employment" (see paras. 35-36, 39 and 54). Given that it lacks the power to award damages as an alternative remedy (paras. 36 and 39), the Commission, which cannot order an offending employer to keep running its business, simply has no way to ensure respect for the rights of dismissed employees. Even if it did have such a power, however, on the basis of *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43, closure would be a "good and sufficient reason" for dismissal within the meaning of s. 17 (paras. 41 *et seq.*) and, as such, would in practice constitute a complete answer for an employer against which a complaint has been filed under ss. 15 to 19 of the *Code*.

[10] Having determined that the s. 15 scheme was inapplicable, the majority added that the closure of an establishment does not shield an employer from all the consequences of its decision (paras. 8, 51-52 and 54). Quite the contrary, given that there are other sections under which a claim for compensation might lie. In the case at bar, the employees are arguing that s. 59 is one such section.

[8] Enfin, les plaintes de violation des art. 15 à 19 du *Code* déposées par M. Plourde et ses collègues seront éventuellement rejetées par la majorité des membres de notre Cour (*Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207 (CanLII), conf. par 2007 QCCS 3165 (CanLII), 2007 QCCA 1210 (CanLII), et 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540). Dans cette première affaire, M. Plourde soutenait avoir été congédié, avec d'autres, pour ses activités syndicales. S'appuyant sur les art. 15 à 19 du *Code*, il demandait sa réintégration dans ses fonctions. De nature purement procédurale (par. 4), la réponse de la Cour sera essentiellement fondée sur le texte de l'art. 15.

[9] Aux yeux de la majorité de notre Cour, le texte de cet article est clair : la voie ouverte à la Commission consiste à ordonner la réintégration « dans son emploi » du travailleur illégalement congédié (voir les par. 35-36, 39 et 54). Or, étant dépourvu du pouvoir d'octroyer des dommages-intérêts à titre de réparation subsidiaire (par. 36 et 39), l'organisme — qui ne peut ordonner le maintien des activités de l'employeur fautif — ne dispose tout simplement d'aucun moyen d'assurer le respect des droits des employés congédiés. Mais même si un tel pouvoir existait, suivant l'arrêt *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43, la fermeture constituerait une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17 (par. 41 et suiv.). À ce titre, elle représenterait, pratiquement, une défense complète pour l'employeur attaqué en vertu des art. 15 à 19 du *Code*.

[10] Convaincue de l'inapplicabilité du régime de l'art. 15, la majorité de notre Cour ajoutera que la fermeture de l'établissement n'immunise pas l'employeur contre toutes les conséquences de sa décision (par. 8, 51-52 et 54). Au contraire, même, d'autres articles donnent ouverture à un recours en indemnisation. Les employés plaident aujourd'hui que l'art. 59 constitue un tel recours.

III. Procedural History of the Appeal

A. *Preliminary Decisions Concerning the Grievance Arbitrator's Subject-Matter Jurisdiction*

[11] The grievance at issue in this appeal was initially dismissed at a preliminary stage on the basis that the arbitrator lacked jurisdiction over the subject matter (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665 (T.A.) (Jean-Guy Ménard)). After analyzing the wording of the complaint, Arbitrator Ménard found that it was [TRANSLATION] "fundamentally concerned" with alleged violations of rights established in the *Code* (paras. 18-22). As a result, s. 114 of the *Code* left him with no choice but to decline jurisdiction in favour of the Commission.

[12] However, that decision was reviewed by the Superior Court a few months later (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138). Applying the correctness standard, Taschereau J. noted that the arbitrator should have determined the true subject matter of the complaint rather than relying on its words alone (paras. 42-43). In the absence of evidence to the contrary, [TRANSLATION] "one could not find on the basis of the words . . . that the arbitrator lacked jurisdiction" (para. 44). On the contrary, he stated, "without hiding behind strict formalism, as the respondent arbitrator did", it seemed clear that the complaint was based on s. 59 (paras. 44-48). It was in fact up to the arbitrator to rule on the complaint, although he might have to reconsider his jurisdiction in light of the evidence adduced (paras. 49-51).

B. *Grievance Arbitrator's Award, [2009] R.J.D.T. 1439*

[13] Exercising his jurisdiction in this regard, Arbitrator Ménard upheld the Union's complaint and reserved the right to determine the appropriate remedy.

III. Historique procédural du pourvoi

A. *Décisions préliminaires sur la compétence de l'arbitre de grief sur l'objet du différend (ratione materiae)*

[11] Le grief faisant l'objet du présent pourvoi est d'abord rejeté, au stade préliminaire, pour absence de compétence *ratione materiae* (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada — Établissement de Jonquière*, [2006] R.J.D.T. 1665 (T.A.) (Me Jean-Guy Ménard)). Après avoir analysé le libellé de la plainte, l'arbitre Ménard conclut qu'elle « porte fondamentalement » sur des contraventions alléguées à des droits consacrés par le *Code* (par. 18-22). Dans ce contexte, l'art. 114 du *Code* ne lui laisse d'autre choix que de décliner compétence en faveur de la Commission.

[12] Cette décision est toutefois révisée par la Cour supérieure, quelques mois plus tard (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138). Appliquant la norme de la décision « correcte », le juge Taschereau souligne que l'arbitre aurait dû dégager l'objet véritable de la plainte plutôt que de s'attacher à son seul texte (par. 42-43). Or, en l'absence de preuve contraire, le libellé « ne permettait aucunement de conclure à l'absence de compétence de l'arbitre » (par. 44). Au contraire, d'affirmer le juge, « à moins de se retrancher derrière un formalisme strict, comme l'a fait l'arbitre intimé », il semble évident que l'art. 59 constitue l'assise de la plainte (par. 44-48). De fait, il revient à l'arbitre de statuer sur celle-ci, quitte à réévaluer sa compétence au regard de la preuve présentée (par. 49-51).

B. *Décision sur le fond de l'arbitre de grief, [2009] R.J.D.T. 1439*

[13] Compétent pour statuer, l'arbitre Ménard accueille la plainte du Syndicat et se réserve le droit d'établir la réparation appropriée.

[14] After considering all the evidence, he found first that the dispute concerned the dismissal of the employees and not, as Wal-Mart suggested, the closure of its establishment (paras. 14-17). This meant that it had to be decided whether a dismissal can violate s. 59 of the *Code* and whether the dismissal in this case was in fact such a violation.

[15] Relying on the relevant case law, Arbitrator Ménard noted that the purpose of the freeze on conditions of employment imposed by s. 59 is to protect, for a specified period of time, the right to form a union and negotiate a collective agreement. To this end, the section prohibits an employer from changing its employees' conditions of employment until that period expires. Given that this "freeze" is relative in nature, however, it does not prevent the employer from running its business as it would normally do outside the period specified in the *Code*. The employer can therefore make any changes it wishes in the management of its workforce, but only if it does so [TRANSLATION] "in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace" (paras. 18-20).

[16] Moreover, he added, it is [TRANSLATION] "now accepted by judges and authors alike that a layoff or dismissal can result in a change in conditions of employment" (para. 22). As a result, the employer must justify its decision to dismiss "by proving that it was made in the ordinary course of its business" (para. 24). In the absence of some additional explanation by the employer, the fact that the closure of the establishment was a "business decision" within its exclusive authority does not on its own constitute such proof. Although it is always open to an employer to go out of business, the employer must nonetheless explain a decision to do so during the period covered by s. 59. The employer in this case did not do so (paras. 25-29).

[14] Après avoir étudié l'ensemble de la preuve, il conclut d'abord que le litige porte sur le congédiement des employés et non pas, comme le suggère Wal-Mart, sur la fermeture de son établissement (par. 14-17). Dans ce contexte, il convient de décider si, d'une part, un congédiement peut contrevenir à l'art. 59 du *Code* et si, d'autre part, le congédiement survenu en l'espèce constitue bel et bien une telle violation.

[15] S'appuyant sur la jurisprudence pertinente, l'arbitre Ménard souligne que le gel des conditions de travail imposé par l'art. 59 a pour objet de protéger le droit à la syndicalisation et à la négociation collective pendant une période déterminée. Dans cette optique, il interdit à un employeur de modifier les conditions de travail de ses employés jusqu'à l'expiration de cette période. Vu son caractère relatif, ce « gel » n'empêche toutefois pas l'employeur d'administrer son entreprise comme il le ferait normalement, à l'extérieur de la période déterminée par le *Code*. Il peut ainsi effectuer tous les changements qu'il souhaite à l'égard de la gestion de sa main-d'œuvre, mais seulement dans la mesure où il le fait « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposés avant la venue du syndicat chez lui » (par. 18-20).

[16] Qui plus est, ajoute-t-il, il est « maintenant acquis au plan de la jurisprudence comme de la doctrine qu'une mise à pied ou un congédiement peut donner lieu à une modification des conditions de travail » (par. 22). Dans ce contexte, l'employeur doit justifier sa décision de congédier « par la démonstration qu'elle a été prise dans le cours normal de ses opérations » (par. 24). À défaut d'explication supplémentaire de la part de l'employeur, le fait que la fermeture de l'établissement soit motivée par une « décision d'affaires » relevant exclusivement de ce dernier ne constitue pas, en soi, une telle démonstration. En effet, s'il peut toujours cesser ses activités, l'employeur s'expose tout de même, durant la période visée par l'art. 59, à devoir expliquer cette décision. Or, en l'espèce, il ne l'a pas fait (par. 25-29).

C. *Superior Court, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118*

[17] On a motion for judicial review, the Superior Court upheld Arbitrator Ménard's award. To begin, Moulin J. reiterated that the arbitrator had jurisdiction to decide the case. In his opinion, Mr. Ménard's decision to hear the case was not only reasonable, but also correct in law. In this regard, the fact that the circumstances on which the grievance was based could give rise to various remedies did not deprive the arbitrator of his powers and jurisdiction under s. 59 of the *Code* (paras. 25-39).

[18] Applying the reasonableness standard, Moulin J. then held that, on the merits, the arbitrator's award had all the qualities that make a decision reasonable. First, in light of the case law of this Court and of the Court of Appeal, it was not unreasonable to conclude that the dismissal of all the employees of an establishment could constitute a change in their conditions of employment (paras. 47-50). Second, it was just as reasonable to ask an employer challenging the merits of a complaint to show that the change was made in the ordinary course of its business. In the absence of evidence to that effect, the arbitrator was justified in holding as he did (paras. 51-57).

D. *Court of Appeal, 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978*

[19] Wal-Mart appealed to the Court of Appeal, which set aside the Superior Court's decision, granted the application for judicial review, annulled the arbitration award and rejected the Union's complaint. Two members of the court wrote separate reasons that led to the same result.

[20] In reasons concurred in by Gagnon J.A., Vézina J.A. first stated his view that closure does not "constitute" a change in conditions of employment. Rather, it is a termination of employment, which in his opinion falls outside even an

C. *Cour supérieure, 2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118*

[17] Appelée à réviser cette décision à la suite d'une requête en révision judiciaire, la Cour supérieure confirme la décision de l'arbitre Ménard. D'abord, le juge Moulin réitère que l'arbitre avait compétence pour trancher le litige. Selon lui, la décision de Me Ménard de se saisir de l'affaire était non seulement raisonnable, mais également correcte en droit. À ce chapitre, le fait que les éléments à la base du grief puissent donner naissance à divers recours ne saurait priver l'arbitre des pouvoirs et de la compétence que lui attribue l'art. 59 du *Code* (par. 25-39).

[18] Appliquant alors la norme de la décision raisonnable, le juge décide que, sur le fond, la sentence de l'arbitre possède tous les attributs de la rationalité. D'une part, au regard de la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel, il n'est pas déraisonnable de conclure que le licenciement de tous les salariés d'un même établissement puisse constituer une modification de leurs conditions de travail (par. 47-50). D'autre part, il est tout aussi raisonnable de demander à l'employeur qui conteste le bien-fondé de la plainte de démontrer que la modification s'inscrivait dans le cours normal de ses activités. Or, en l'absence de preuve à cet effet, l'arbitre était justifié de conclure comme il l'a fait (par. 51-57).

D. *Cour d'appel, 2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978*

[19] Saisie du pourvoi formé par Wal-Mart, la Cour d'appel infirme la décision de la Cour supérieure, accueille la demande de révision judiciaire, annule la sentence arbitrale et rejette la plainte du Syndicat. Les membres de la cour rédigent deux opinions distinctes, qui concluent, cependant, dans le même sens.

[20] Dans ses motifs, auxquels souscrit le juge Gagnon, le juge Vézina affirme d'abord que la fermeture ne « constitue » pas une modification des conditions de travail. À son avis, il s'agit plutôt d'une suppression du travail, ce qui va au-delà de

extended meaning of the concept of conditions of employment (paras. 117-19). Relying on observations made by the majority of this Court in *Plourde*, he added that, to remedy an unlawful change in conditions of employment, [TRANSLATION] "it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before" (para. 121). However, such a "remedy is not possible . . . given that no one can be forced to continue operating a business, no matter what his or her reasons for closing it might be" (para. 122). Before dismissing the proceeding under s. 59, however, he pointed out that there was nothing to prevent the employees from filing a complaint alleging a violation of ss. 12 and 14 of the *Code* with the Commission (paras. 124-27).

[21] Unlike his colleagues, Léger J.A. considered both the arbitrator's jurisdiction and the validity of his award (para. 9). In his view, the standard that applies when a superior court reviews the exercise of an arbitrator's power to rule on a complaint based on s. 59 of the *Code* is not reasonableness, but correctness (paras. 50-57). Having said this, however, he held that the arbitrator had not erred in taking jurisdiction in this case. Nor did the fact that the employees could obtain other remedies by means of a complaint to the Commission have the effect of depriving the arbitrator of his powers and jurisdiction under ss. 59 and 100.10 of the *Code* (paras. 65-74).

[22] On the merits, however, Léger J.A. found that the arbitrator's reasoning [TRANSLATION] "[was] so incoherent" that he could not find it to have the qualities that make a decision reasonable (para. 84). First of all, it was contradictory to find that the employer had the power to close its business while at the same time accepting that the continuation of the employment relationship was a condition of employment (paras. 96-97). Moreover, by upholding the complaint, the arbitrator was adding to the employees' conditions of employment, which was incompatible with the very concept of a statutory freeze (paras. 98-100). The arbitrator's award was therefore unreasonable.

l'acception, même élargie, de la notion de conditions de travail (par. 117-119). S'appuyant sur des commentaires de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Plourde*, il ajoute que pour remédier à une modification illégale des conditions de travail, « il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l'exploitation comme par le passé » (par. 121). Or, une telle « réparation n'est pas possible dû au fait que nul ne peut être forcé de continuer l'exploitation d'une entreprise, quels que soient ses motifs pour y mettre fin » (par. 122). Avant de rejeter le recours intenté en vertu de l'art. 59, il signale toutefois que rien n'empêche les employés d'invoquer devant la Commission la violation des art. 12 et 14 du *Code* (par. 124-127).

[21] Contrairement à ses collègues, le juge Léger se prononce à la fois sur la compétence de l'arbitre et sur la validité de sa décision (par. 9). Selon lui, ce n'est pas la norme de la décision raisonnable, mais bien celle de la décision correcte qui s'applique lorsqu'une cour supérieure contrôle l'exercice par un arbitre de son pouvoir de statuer sur une plainte fondée sur l'art. 59 du *Code* (par. 50-57). Exception faite de cette réserve, il décide toutefois que l'arbitre ne s'est pas trompé en s'attribuant compétence dans le cas qui nous occupe. D'ailleurs, le fait que les employés disposaient d'autres recours devant la Commission n'a pas pour effet de priver l'arbitre des pouvoirs et de la compétence qu'il possède en vertu des art. 59 et 100.10 du *Code* (par. 65-74).

[22] Sur le fond, cependant, le juge Léger estime que le raisonnement de l'arbitre « laisse voir une incohérence telle » qu'il ne peut y trouver les attributs de la rationalité (par. 84). D'une part, il est contradictoire de reconnaître à l'employeur le pouvoir de fermer son entreprise, tout en admettant que le maintien du lien d'emploi constitue une condition de travail (par. 96-97). D'autre part, en accueillant la plainte, l'arbitre se trouve à bonifier les conditions d'emploi, ce qui contrevient au concept même de gel imposé par la loi (par. 98-100). Dans ce contexte, la décision de l'arbitre est donc déraisonnable.

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] This appeal raises a series of issues concerning the nature and scope of s. 59 of the *Code*, as well as its applicability where a business is closed either completely or in part. Thus, the Court must decide whether s. 59 can be used to challenge the resiliation of the contracts of employment of all the employees of an establishment. If it can be so used, the Court must also decide whether the arbitrator rendered an unreasonable award in concluding that, in this case, the resiliations constituted an unlawful change in conditions of employment.

B. *Positions of the Parties and the Interveners*

[24] The Union agrees with Arbitrator Ménard's award and argues that the Court of Appeal erred in law in finding that s. 59 of the *Code* does not apply in the context of the closure of an establishment. In essence, the Union submits, the Court of Appeal's decision was based on a misinterpretation of the *Code* and a misreading of this Court's decisions in *Place des Arts* and *Plourde*. If the Court of Appeal had adopted an interpretation consistent with the language and the context of s. 59, then it should have concluded that the closure of the Jonquière store did not preclude the application of that provision.

[25] According to the Union, not only is it well established that dismissal may constitute a change in conditions of employment, but the employer in the instant case has produced no evidence to justify that change. In the absence of evidence that would support a conclusion that the employer's decision was made in the ordinary course of its business, the change was unlawful. Moreover, the words of s. 59, unlike those of s. 15, contain no indication that the only possible remedy is to reinstate the employees affected by the unjustified change. They say nothing to prevent the arbitrator from ordering reparation by equivalence. Finally, the Union adds, this conclusion is consistent not only with the language and context of s. 59, but also with that section's

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le pourvoi soulève une série de questions relatives tant à la nature et la portée de l'art. 59 du *Code* qu'à son applicabilité en cas de fermeture totale ou partielle d'une entreprise. La Cour doit en conséquence décider si cette disposition peut être invoquée pour contester la résiliation de l'ensemble des contrats de travail des employés d'un établissement. Dans l'affirmative, elle doit également décider si l'arbitre a rendu une décision déraisonnable en concluant que, en l'espèce, ces résiliations constituent une modification illégale des conditions de travail.

B. *Les positions des parties et des intervenants*

[24] Souscrivant à la décision de l'arbitre Ménard, le Syndicat soutient que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant à l'inapplicabilité de l'art. 59 du *Code* au scénario de fermeture d'établissement. Pour l'essentiel, sa décision reposerait sur une mauvaise interprétation du *Code* et sur une lecture erronée des décisions de la Cour dans les affaires *Place des Arts* et *Plourde*. Si elle avait adopté une interprétation conforme au texte et au contexte de l'art. 59, la Cour d'appel aurait dû conclure que la fermeture du magasin de Jonquière n'empêchait pas l'application de cette disposition.

[25] D'une part, plaide le Syndicat, non seulement est-il reconnu que le congédiement peut constituer une modification des conditions de travail, mais l'employeur n'a en outre présenté aucune preuve pour justifier cette modification. Or, en l'absence d'éléments permettant à l'arbitre de conclure que la décision de l'employeur avait été prise dans le cours normal de ses affaires, la modification est illégale. D'autre part, contrairement à l'art. 15, rien dans le texte de l'art. 59 n'indique que la seule réparation possible soit la réintégration des employés touchés par la modification injustifiée. En effet, rien n'empêche l'arbitre d'octroyer une réparation par équivalent. Finalement, ajoute le Syndicat, déjà conforme au texte et au contexte de l'art. 59, cette conclusion

objectives: it precludes the employer from taking measures that might hinder the formation of a union and the negotiation of a collective agreement, while favouring the effective exercise of the right of association.

respecte aussi les objectifs de cette disposition. En effet, elle empêche l'employeur de recourir à des moyens susceptibles d'entraver la création d'un syndicat et la négociation d'une convention collective, tout en favorisant l'exercice effectif du droit d'association.

[26] In response, Wal-Mart argues that the Court of Appeal's decision is well founded in law. The application of s. 59 presupposes the existence of an ongoing business, since, where such a business no longer exists, there is no longer an employment relationship or a condition of employment, nor is there a balance to be maintained between the parties. In every case, the arbitrator's role is limited to restoring the situation that existed before the change. Given that the arbitrator has no power to compel a business to reopen, there is simply nothing the arbitrator can do. In any event, Wal-Mart adds, dismissals resulting from the permanent closure of a business do not constitute a change in conditions of employment. Since an employer has the right to close its business without having to justify its action, continued employment cannot be a condition of employment. Furthermore, since the sole purpose of s. 59 is to maintain the employees' conditions of employment, this section does not have the effect of creating conditions that did not exist before the petition for certification was filed. Dismissal cannot therefore constitute a change in conditions of employment.

[26] En réponse, Wal-Mart plaide que la décision de la Cour d'appel est bien fondée en droit. En effet, l'application de l'art. 59 présuppose l'existence d'une entreprise active, car, dans le cas contraire, il n'existe plus de relation ou de condition de travail ni d'équilibre à maintenir entre les parties. Dans tous les cas, le rôle de l'arbitre se limite à rétablir la situation qui existait avant la modification. En l'absence du pouvoir de forcer la réouverture de l'entreprise, l'arbitre est simplement impuissant. Quoi qu'il en soit, ajoute Wal-Mart, les licenciements découlant de la fermeture définitive d'une entreprise ne constituent pas une modification des conditions de travail. Comme un employeur a le droit de fermer son entreprise sans être tenu de se justifier, le maintien en emploi ne peut constituer une condition de travail. D'ailleurs, étant donné que le seul objet de l'art. 59 demeure le maintien des conditions de travail des employés, cette disposition n'a pas pour effet de créer des conditions qui n'existaient pas avant le dépôt de la requête en accréditation. Par conséquent, le licenciement ne saurait constituer une modification des conditions de travail.

[27] Three of the four interveners, supporting Wal-Mart's position, add that the role of s. 59 is not to regulate the closure of businesses. Instead, in Quebec, as elsewhere in Canada, it is the provisions on unfair practices that apply in cases involving closure. As a result, s. 59 is quite simply not the appropriate mechanism for remedying the consequences of the closure of an establishment. In contrast, the fourth intervener argues that the other remedies provided for in the *Code* are complementary. Section 59 and the broad remedial powers conferred on arbitrators by the *Code* can therefore be used by employees to obtain compensation in a case involving an unjustified closure. Section 59, which establishes a substantive legal rule, must also be interpreted in light of the principle of full

[27] Se rangeant derrière la position de Wal-Mart, trois des quatre intervenants précisent que l'art. 59 n'a pas pour fonction de réguler la fermeture des entreprises. Au Québec, comme ailleurs au Canada, ce sont plutôt les dispositions sur les pratiques déloyales qui s'appliquent en cas de fermeture. Dans ce contexte, l'art. 59 ne serait tout bonnement pas le mécanisme approprié pour régler les conséquences de la fermeture d'un établissement. À l'opposé, le quatrième intervenant soutient que les autres recours qu'offre le *Code* sont complémentaires. À ce titre, l'art. 59 et les larges pouvoirs de redressement conférés à l'arbitre par le *Code* peuvent permettre aux employés d'obtenir réparation en cas de fermeture injustifiée. L'article 59, qui édicte une norme de droit substantiel, doit par

compensation that applies both in our domestic law and in international law.

C. *Section 59: Nature and Interpretation*

[28] Since the mechanism for freezing conditions of employment now codified in s. 59 of the *Code* was adopted, the interpretation of that section has been the subject of much discussion. The diversity of judicial opinions on this subject has created uncertainty in some areas that I wish to discuss in relation to this case. In this regard, I will review the section's legislative context, objectives and role first, before discussing the conditions under which it applies. Finally, I will comment briefly on the powers available under the section to an arbitrator who must determine whether it applies.

(1) Legislative Context, Objectives and Role of Section 59

[29] The substance of what is now the first paragraph of s. 59 of the *Code* was originally found at the end of s. 24(1) of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, in a division entitled "Forbidden Practices" ("*1944 Act*"). This Act was inserted into the revised statutes in 1944 by the *Act to constitute a Labour Relations Board*, S.Q. 1944, c. 30. Inspired by a U.S. law generally known as the *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)), the *1944 Act* codified [TRANSLATION] "a partially new conception of labour-management relations" while at the same time introducing "profound changes" into the law then in force (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 175-79). It gave employees a right of association, established a bargaining process, imposed on the parties a duty to bargain in good faith and prohibited various types of unfair practices (M. G. Bergeron, "La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout", in *Le Code du Travail du Québec (1965): le XXe congrès des relations industrielles de l'Université Laval* (1965), 135, at pp. 136-39).

ailleurs être interprété à la lumière du principe de la restitution intégrale que reconnaissent tant notre droit national que le droit international.

C. *L'article 59 : nature et interprétation*

[28] L'interprétation du mécanisme de gel des conditions de travail que codifie aujourd'hui l'art. 59 du *Code* a fait couler beaucoup d'encre depuis l'adoption de cette disposition. La diversité des opinions prétoriennes sur le sujet a créé certaines zones d'incertitude que je me propose d'examiner en l'espèce. Pour ce faire, je reviendrai d'abord sur le contexte législatif de l'article, ses objectifs et sa fonction, puis sur ses conditions d'application. Enfin, je commenterai brièvement les pouvoirs que cette disposition accorde à l'arbitre chargé d'en vérifier l'applicabilité.

(1) Contexte législatif, objectifs et fonction de l'art. 59

[29] L'essentiel de ce qui constitue aujourd'hui le texte du premier alinéa de l'art. 59 du *Code* fut d'abord intégré à la fin du par. 24(1) de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, dans la section des « pratiques interdites » (« *Loi de 1944* »). Cette loi a été insérée dans les statuts refondus en 1944 par la *Loi instituant une commission de relations ouvrières*, S.Q. 1944, ch. 30. Inspirée d'une loi américaine généralement connue comme le *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)), la *Loi de 1944* a codifié « une conception en partie nouvelle des relations patronales-ouvrières », tout en entraînant « de profondes modifications » au droit alors en vigueur (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 175-179). Cette loi a reconnu aux salariés le droit d'association, créé un processus de négociation, imposé aux parties le devoir de négocier de bonne foi et interdit différents types de pratiques déloyales (M. G. Bergeron, « La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lockout », dans *Le Code du Travail du Québec (1965) : le XXe congrès des relations industrielles de l'Université Laval* (1965), 135, p. 136-139).

[30] Although the *1944 Act* was an important step in the development of labour relations in Quebec, it failed to adequately protect the exercise of the rights it affirmed (Bergeron, at p. 137). As a result, 20 years after it was enacted, it was replaced by the first version of the *Labour Code* (R.S.Q. 1964, c. 141). The objective of that code, which was the product of a wide-ranging synthesis, was to establish a general scheme applicable to all labour relations (R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), at p. 82; G. Hébert, "Trends in the New Quebec Labour Code" (1965), 20 *I.R.* 61, at p. 62).

[31] The *Code* was more comprehensive than the *1944 Act*, and was divided into nine chapters set out in a logical order based on events in which an association would be involved. In that codification, the "Forbidden Practices" division of the *1944 Act* disappeared and its various sections were redistributed. Because of the link between s. 24(1) and the collective bargaining process, the substance of that provision was naturally incorporated into the chapter entitled "Collective Agreements".

[32] In the years that followed the enactment of the *Code*, recognition of this link between the prohibition codified in s. 59 of today's *Code* and the "Collective Agreements" chapter led some to express the opinion that the section's purpose was to maintain a certain balance, or even the *status quo*, during the negotiation of a collective agreement. For example, shortly after the new *Code* came into force, Judge Melançon of the Labour Court stated that [TRANSLATION] "[i]n our opinion, the purpose of this section of the Labour Code is to ensure that the balance that existed between the parties before the petition for certification was filed . . . is maintained . . . until one of the parties acquires the right to strike or the right to lock out . . . ": *La Reine v. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97, at p. 99.

[33] Adopting this logic in his reasons in the instant case, Léger J.A. wrote that [TRANSLATION] "the purpose of section 59 is to strike a balance during a clearly defined period of time, that is, throughout the bargaining process" (para. 58). With respect,

[30] Étape importante dans l'aménagement des relations de travail au Québec, la *Loi de 1944* s'avérera toutefois incapable de protéger adéquatement l'exercice des droits qu'elle proclamait (Bergeron, p. 137). Dans ce contexte, 20 ans après son édiction, elle sera remplacée par la toute première version du *Code du travail* (S.R.Q. 1964, ch. 141). Résultat d'un travail de synthèse important, l'adoption de ce code aura pour objectif d'établir un régime général applicable à l'ensemble des relations de travail (R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), p. 82; G. Hébert, « Le Code du travail du Québec : Principales orientations » (1965), 20 *R.I.* 52, p. 54).

[31] Plus étoffé que la *Loi de 1944*, le *Code* sera divisé en neuf chapitres, qui suivent l'ordre logique et évolutif de la vie associative. À l'occasion de cette codification, la section des « pratiques interdites » de la *Loi de 1944* disparaîtra, et ses différents articles seront redistribués. En raison du lien entre le par. 24(1) et le processus de négociation collective, l'essentiel du texte de cette disposition se retrouvera alors naturellement intégré au chapitre « De la convention collective ».

[32] Dans les années qui ont suivi l'adoption du *Code*, la constatation de ce rattachement de la prohibition aujourd'hui codifiée à l'art. 59 du *Code* au chapitre « De la convention collective » amènera certains à formuler l'opinion que l'objectif de cette disposition serait d'assurer le maintien d'un certain équilibre, voire du « statu quo », durant la négociation de la convention collective. À titre d'exemple, au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau *Code*, le juge Melançon du Tribunal du travail affirmera que « [l]'esprit de cet article du Code du travail vise, à notre avis, à maintenir entre les parties l'équilibre qui existait [. . .] avant le dépôt de la requête en accréditation [. . .] jusqu'à l'acquisition par l'une ou l'autre des parties du droit à la grève et au "lock-out" . . . » : *La Reine c. Harricana Metal Inc.*, [1970] T.T. 97, p. 99.

[33] Reprenant cette logique à son compte, dans le jugement que nous discutons, le juge Léger écrit que « l'objectif de l'article 59 est de créer un équilibre pendant une période bien définie, c'est-à-dire pendant tout le processus de négociations »

I cannot agree with this conclusion. I have difficulty finding that the legislature's objective in enacting this section was purely procedural. Frankly, I do not see how maintaining the *status quo* or striking a *balance* can be a legislative objective in itself. Rather, the objective lies in what might flow from the preservation of this balance.

(par. 58). Avec égards, je ne suis pas convaincu de l'exactitude de cette conclusion. En effet, il est difficile de conclure que l'objectif que poursuivait le législateur en édictant cette disposition demeurait d'ordre purement procédural. À vrai dire, je conçois fort mal que la recherche du *statu quo* ou de *l'équilibre* puisse constituer un objectif législatif en soi. L'objectif se retrouve plutôt dans ce que la préservation de cet équilibre permet.

[34] In my opinion, the purpose of s. 59 in circumscribing the employer's powers is not merely to strike a balance or maintain the *status quo*, but is more precisely to facilitate certification and ensure that in negotiating the collective agreement the parties bargain in good faith (Bergeron, at pp. 142 and 147; F. Morin, *Le Code du travail: sa nature, sa portée, ses effets* (1971), at pp. 16-17; *Club coopératif de consommation d'Amos v. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201 (T.A.), at pp. 11-12; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579 (T.A.), at para. 71).

[34] À mon avis, en encadrant les pouvoirs de l'employeur, l'art. 59 ne vise pas seulement à créer un équilibre ni à assurer le statu quo, mais plus exactement à faciliter l'accréditation et à favoriser entre les parties la négociation de bonne foi de la convention collective (Bergeron, p. 142 et 147; F. Morin, *Le Code du travail : sa nature, sa portée, ses effets* (1971), p. 16-17; *Club coopératif de consommation d'Amos c. Union des employés de commerce, section locale 508*, [1985] AZ-85141201 (T.A.), p. 11-12; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [2003] R.J.D.T. 579 (T.A.), par. 71).

[35] The "freeze" on conditions of employment codified by this statutory provision limits the use of the primary means otherwise available to an employer to influence its employees' choices: its power to manage during a critical period (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (looseleaf)), vol. 2, at p. 10-80.3; B. W. Burkett et al., eds., *Federal Labour Law and Practice* (2013), at p. 171). By circumscribing the employer's unilateral decision-making power in this way, the "freeze" limits any influence the employer might have on the association-forming process, eases the concerns of employees who actively exercise their rights, and facilitates the development of what will eventually become the labour relations framework for the business.

[35] En effet, le « gel » des conditions de travail que codifie cette disposition législative limite l'utilisation du moyen principal dont disposerait autrement l'employeur pour influencer les choix de ses employés : son pouvoir de gestion au cours d'une période critique (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 10-80.3; B. W. Burkett et autres, dir., *Federal Labour Law and Practice* (2013), p. 171). Or, en limitant ainsi le pouvoir de décision unilatérale de l'employeur, le « gel » restreint l'influence potentielle de celui-ci sur le processus associatif, diminue les craintes des employés qui exercent activement leurs droits et facilite le développement de ce qui deviendra éventuellement le cadre des relations de travail au sein de l'entreprise.

[36] In this context, it is important to recognize that the true function of s. 59 is to foster the exercise of the right of association: F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at pp. 1122-23 (see also A. C. Côté, "Le gel statutaire des conditions de travail" (1986), 17 *R.G.D.* 151, at p. 152; *Coopérative étudiante Laval v. Syndicat des*

[36] Dans ce contexte, il importe de reconnaître la fonction véritable de l'art. 59, qui consiste à favoriser l'exercice du droit d'association : F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4e éd. 2010), p. 1122-1123 (voir aussi A. C. Côté, « Le gel statutaire des conditions de travail » (1986), 17 *R.G.D.* 151, p. 152; *Coopérative étudiante Laval c.*

travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval, [1984] AZ-84141225 (T.A.), at p. 22; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) v. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069 (T.A.), at pp. 43-44; *Plastalène Corp. v. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158 (T.A.); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), at p. 6; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec v. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137 (T.A.), at p. 11, aff'd 2001 CanLII 38640 (Que. C.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 v. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504 (T.A.), at para. 80).

[37] By codifying a mechanism designed to facilitate the exercise of the right of association, s. 59 thus creates more than a mere procedural guarantee. In a way, this section, by imposing a *duty* on the employer not to change how the business is managed at the time the union arrives, gives employees a substantive *right* to the maintenance of their conditions of employment during the statutory period. This being said, it is the employees, as the holders of that right, who must ensure that it is not violated.

(2) Conditions for the Application of Section 59, Paragraph 1

[38] I wish to note first that, since s. 59 is not directly concerned with the punishment of anti-union conduct, the prohibition for which it provides will apply regardless of whether it is proven that the employer's decision was motivated by anti-union animus (*Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. v. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008 (T.A.); *Sobey's inc. (N° 650) v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de*

Syndicat des travailleurs(euses) de la coopérative étudiante Laval, [1984] AZ-84141225 (T.A.), p. 22; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL) c. Syndicat des employés de l'Université Laval (SCFP), section locale 2500*, [1985] AZ-85142069 (T.A.), p. 43-44; *Plastalène Corp. c. Syndicat des salariés de Plastalène (C.S.D.)*, [1990] AZ-90141158 (T.A.); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), p. 6; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec c. Guilde des musiciens du Québec*, [1998] AZ-98141137 (T.A.), p. 11, conf. par 2001 CanLII 38640 (C.A. Qué.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Wal-Mart Canada (St-Hyacinthe)*, [2010] AZ-50688504 (T.A.), par. 80).

[37] En codifiant un mécanisme destiné à faciliter la mise en œuvre du droit d'association, l'art. 59 crée donc plus qu'une simple garantie de nature procédurale. Pour ainsi dire, en imposant à l'employeur le *devoir* de ne pas modifier le cadre normatif existant dans l'entreprise au moment de l'arrivée du syndicat, cette disposition reconnaît aux employés un *droit* substantiel au maintien de leurs conditions de travail durant la période prévue par la loi. Ceci étant dit, puisque les employés sont titulaires de ce droit, il leur appartient de veiller à sa mise en œuvre.

(2) Les conditions d'application de l'art. 59, al. 1

[38] Comme l'art. 59 ne vise pas directement à punir un comportement antisyndical, je tiens d'abord à souligner qu'une preuve indiquant que la décision de l'employeur est motivée par un quelconque *animus* antisyndical n'est pas nécessaire pour que s'applique la prohibition édictée par cet article (*Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718; *Société des casinos du Québec inc. c. Syndicat des employé(e)s de la Société des casinos du Québec*, [1996] AZ-96142008 (T.A.); *Sobey's inc. (N° 650) c. Syndicat*

Baie-Comeau (CSN), [1996] AZ-96141261 (T.A.); *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.); *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. v. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859 (T.A.); *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*; Côté, at p. 156). The essential question in applying s. 59 is whether the employer *unilaterally* changed its employees' conditions of employment *during the period of the prohibition*.

[39] As a result, s. 59 requires that the union representing the employees prove that a unilateral change has been made. To discharge this burden, the union must show: (1) that a condition of employment existed on the day the petition for certification was filed or a previous collective agreement expired; (2) that the condition was changed without its consent; and (3) that the change was made between the start of the prohibition period and either the first day the right to strike or to lock out was exercised or the day an arbitration award was handed down, as the case may be. In the instant case, the first two of these facts are disputed by the employer.

(a) *Continuation of the Employment Relationship as a Condition of Employment*

[40] The "condition of employment" concept has been given a large and liberal interpretation since this Court's decision in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] S.C.R. 206, at pp. 211-12; see also *Société des casinos du Québec inc.*, at pp. 14-15; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) v. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705 (Que. C.A.), at p. 19; *Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (Que. C.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité v. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428 (Sup. Ct.), at pp. 433-34; *Sobey's inc. (N° 650)*, at p. 11; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, at p. 15; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at

des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau (CSN), [1996] AZ-96141261 (T.A.); *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.); *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc. c. Syndicat des travailleuses(eurs) en garderie de Montréal — CSN*, [2000] R.J.D.T. 1859 (T.A.); *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*; Côté, p. 156). En effet, la question essentielle dans la mise en œuvre de l'art. 59 consiste à décider si l'employeur a modifié *unilatéralement* les conditions de travail de ses employés *durant la période prohibée*.

[39] En conséquence, selon l'art. 59, la preuve d'une modification unilatérale revient au syndicat représentant les employés. Pour se décharger de ce fardeau, ce dernier devra démontrer : (1) qu'une condition de travail existait au jour du dépôt de la requête en accréditation ou de l'expiration d'une convention collective antérieure; (2) que cette condition a été modifiée sans son consentement; (3) que cette modification est survenue entre le début de la période prohibée et, selon le cas, le premier jour d'exercice du droit de grève ou de lock-out, ou encore le jour où a été rendue une sentence arbitrale. Dans l'affaire qui nous occupe, les deux premiers éléments sont contestés par l'employeur.

a) *Le maintien du lien d'emploi comme condition de travail*

[40] La notion de condition de travail a toujours été interprétée de manière large et libérale depuis l'arrêt prononcé par notre Cour dans *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] R.C.S. 206, p. 211-212; voir aussi *Société des casinos du Québec inc.*, p. 14-15; *Syndicat des travailleurs et des travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (C.S.N.) c. Lefebvre*, 1996 CanLII 5705 (C.A. Qué.), p. 19; *Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (C.A. Qué.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité c. Tremblay*, [1991] R.J.Q. 428 (C.S.), p. 433-434; *Sobey's inc. (N° 650)*, p. 11; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, p. 15; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*,

pp. 598-99; Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 236-39; F. Morin and R. Blouin, with J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at p. 202.

[41] Thus, the "condition of employment" concept is a flexible one that encompasses [TRANSLATION] "anything having to do with the employment relationship on either an individual or a collective level" (Morin et al., at p. 1161; *Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, at pp. 193-94; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*). This flexibility led the Quebec courts to hold long ago that, in the context of a contract of employment for an indeterminate term, continuation of the employment relationship constitutes a condition of employment (Morin and Blouin, at p. 202; *Pakenham*, at pp. 202-4; *Union des employés de commerce, local 500 v. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn v. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194 (T.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice v. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65 (C.A.), at p. 68 *a contrario*; *Union des employé-e-s de service, local 800 v. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16).

[42] The condition of continued employment is implicitly incorporated into the contract of employment and need not be expressly stipulated. The essence of every contract is that it requires each party to perform its obligations as long as the other party does so and no other recognized cause of extinction of obligations occurs (art. 1458, para. 1 and art. 1590, para. 1 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"), see D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 1969). The law applicable to contracts of employment does not stray from this principle in providing that where a contract is resiliated, a "serious reason" (art. 2094 *C.C.Q.*) or "good and sufficient cause" (s. 124 *A.L.S.*) must be shown, or reasonable notice must be given (art. 2091 *C.C.Q.* and s. 82 *A.L.S.*). Absent one of these justifications, the employer is bound by an obligation to continue employing the employee. This principle is all the more fundamental in our

p. 598-599; Gagnon, LeBel et Verge, p. 236-239; F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6e éd. 2012), p. 202.

[41] La notion de condition de travail représente donc une expression flexible, qui englobe « tout ce qui a trait à la relation d'emploi, tant sur le plan individuel que collectif » (Morin et autres, p. 1161; *Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, p. 193-194; *Centre de la petite enfance Casse-Noisette inc.*). S'appuyant sur cette flexibilité, la jurisprudence québécoise reconnaît depuis longtemps que, dans le contexte du contrat de travail à durée indéterminée, le maintien du lien d'emploi constitue une condition de travail (Morin et Blouin, p. 202; *Pakenham*, p. 202-204; *Union des employés de commerce, local 500 c. Provost inc.*, [1981] S.A.G. 732; *Scierie Béarn c. Syndicat des employés(es) de bureau Scierie Béarn*, [1988] AZ-88141194 (T.A.); *Séminaire de la Très Sainte-Trinité*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice c. Rondeau*, [1993] R.J.Q. 65 (C.A.), p. 68 *a contrario*; *Union des employé-e-s de service, local 800 c. 2162-5199 Québec Inc.*, [1994] T.A. 16).

[42] La condition du maintien du lien d'emploi est intégrée de manière implicite au contrat de travail, sans qu'il soit nécessaire de la stipuler expressément. En effet, c'est le propre de tout contrat que d'obliger chacune des parties à exécuter ses prestations, tant et aussi longtemps que l'autre en fait autant ou que n'intervient pas une autre cause reconnue d'extinction des obligations (art. 1458, al. 1 et art. 1590, al. 1 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »); voir D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2e éd. 2012), par. 1969). En soumettant la résiliation du contrat à la démonstration d'un « motif sérieux » (art. 2094 *C.c.Q.*) ou d'une « cause juste et suffisante » (art. 124 *L.n.t.*) ou à la communication d'un avis raisonnable (art. 2091 *C.c.Q.* et art. 82 *L.n.t.*), le droit applicable au contrat de travail ne fait pas exception à ce principe. Jusqu'à ce que survienne un de ces cas, l'employeur se trouve lié par une obligation de maintenir le salarié

modern society, because the systemic importance of work means that the vast majority of employees are completely dependent on their jobs (in this regard, see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 66; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 25; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27, at para. 35). In this context, it can be said that such employees have a reasonable expectation that their employer will not terminate their employment except to the extent and in the circumstances provided for by law.

[43] Whether it is based on the *Civil Code*, on labour legislation or on the implicit content of a contract of employment, this right to continued employment is therefore always the basis for a condition of employment for employees (art. 1434 *C.C.Q.*). However, this condition is not absolute. The employer retains at all times the power to manage its business, and this includes the power to resiliate the contract of employment of one or more of its employees for "legitimate reasons" (economic, disciplinary, etc.) or upon "sufficient" notice of termination.

[44] Section 59 does not change this factual and legal situation. Like any other condition of employment, maintenance of the employment relationship remains a condition but is nevertheless subject to the employer's exercise of its management power. Therefore, in the words of Deschamps J.A., as she then was, [TRANSLATION] "although dismissal is not, strictly speaking, a condition of employment, the condition of continued employment, and thus the protection against dismissal without a good and sufficient reason, can be included in the conditions of employment covered by section 59 L.C.": *Automobiles Canbec inc.*, at p. 13.

[45] In extending the conditions and powers that exist at the time the petition for certification is filed, s. 59 does not make them different in degree. Although continuation of the employment relationship remains a condition of employment, that

dans son emploi. D'ailleurs, ce principe est d'autant plus fondamental, dans notre société moderne, que l'importance systémique du travail rend la grande majorité des salariés totalement dépendants de leur emploi (en ce sens, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 66; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 25; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 35). Dans ce contexte, on peut affirmer qu'il existe chez ces salariés une attente raisonnable que l'employeur ne remettra pas en cause leur emploi, sauf dans la mesure et les circonstances prévues par la loi.

[43] Qu'il soit fondé sur le *Code civil*, la législation en matière de travail ou le contenu implicite d'un contrat de travail, ce droit au maintien de l'emploi constitue donc toujours, pour le salarié, l'objet d'une condition de travail (art. 1434 *C.c.Q.*). Toutefois, cette condition n'est ni intangible ni absolue. En effet, l'employeur conserve en tout temps le pouvoir de gérer son entreprise, pouvoir qui inclut celui de résilier, pour des « raisons légitimes » (économique, disciplinaire ou autre) ou moyennant un délai de congé « suffisant », le contrat de travail de l'un ou de plusieurs de ses employés.

[44] L'article 59 ne modifie pas cet état de fait et de droit. Comme toute autre condition de travail, celle relative au maintien du lien d'emploi subsiste, mais elle reste toujours sujette à l'exercice du pouvoir de gestion de l'employeur. Ainsi, comme l'écrivait la juge Deschamps, alors membre de la Cour d'appel du Québec, « si le congédiement n'est pas à proprement parler une condition de travail, les conditions de maintien à l'emploi donc la protection contre un congédiement sans cause juste et suffisante peut être incluse dans les conditions de travail couvertes par l'article 59 C.T. » : *Automobiles Canbec inc.*, p. 13.

[45] En reconduisant les conditions et pouvoirs existants au moment du dépôt de la requête en accréditation, l'art. 59 ne modifie pas leur intensité. De fait, si le maintien du lien d'emploi demeure l'objet d'une condition de travail, ce lien

relationship does not become any more or less "certain" than before (*Coopérative étudiante Laval*, at pp. 32-33; *Union des employé-e-s de service, local 800*, at pp. 22-31; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) v. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, at p. 12; *Fraternité des policiers et policières de Carignan v. Ville de Carignan*, [2000] AZ-00142040 (T.A.), at p. 56; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 76). The employer can therefore resiliate a contract if it does so for legitimate reasons within the meaning of the law. In such a case, however, for the resiliation not to be considered a *change in conditions of employment within the meaning of s. 59*, it must be consistent with the employer's normal management practices in this regard.

(b) *Changes in Conditions of Employment and the "Business as Usual" Rule*

[46] To prove that the change made by the employer is a "change in conditions of employment" within the meaning of s. 59, the union cannot simply show that the employer has modified how it runs its business. It must also establish that this modification is inconsistent with the employer's "normal management practices": M. Coutu et al., *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2nd ed. 2013), vol. 1, *Le régime général*, at pp. 577-79.

[47] Although s. 59 of the *Code* might seem, if interpreted literally and in isolation, to have the effect of completely "fixing" or "freezing" the employer's business environment, the opposite is in fact true: to avoid paralyzing the business, the section leaves the employer with its general management power, which survives the union's arrival on the scene but is then circumscribed by the law. This power must be exercised [TRANSLATION] "in a manner consistent with the rules that applied previously and with the employer's usual business practices from before the freeze": P. Verge, G. Trudeau and G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), at p. 139; R. P. Gagnon et al., *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at pp. 597-98.

ne devient ni moins ni plus « certain » qu'auparavant (*Coopérative étudiante Laval*, p. 32-33; *Union des employé-e-s de service, local 800*, p. 22-31; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD) c. Industries Leclerc inc.*, [1996] T.A. 554; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, p. 12; *Fraternité des policiers et policières de Carignan c. Ville de Carignan*, [2000] AZ-00142040 (T.A.), p. 56; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 76). Dans ce contexte, s'il possède des raisons légitimes au sens de la loi pour le faire, l'employeur pourra résilier le contrat. Le cas échéant, toutefois, pour que cette résiliation ne soit pas assimilée à une *modification des conditions de travail au sens de l'art. 59*, elle devra s'effectuer conformément aux pratiques habituelles de gestion de l'employeur en la matière.

b) *La modification des conditions de travail et la règle des « pratiques habituelles »*

[46] Pour prouver que la modification apportée par l'employeur constitue une « modification des conditions de travail » au sens de l'art. 59, le syndicat ne peut pas se contenter de démontrer qu'un changement est survenu dans le cadre normatif de l'entreprise. Il doit, au surplus, établir que le changement dénoncé n'est pas conforme aux « pratiques habituelles » de gestion de l'entreprise : M. Coutu et autres, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2e éd. 2013), vol. 1, *Le régime général*, p. 577-579.

[47] En effet, bien qu'une interprétation purement littérale et hors contexte de l'art. 59 du *Code* puisse suggérer une conclusion contraire, cette disposition n'a pas pour effet de « figer » ou de « geler » totalement l'environnement normatif du travail. Au contraire, afin d'éviter la paralysie de l'entreprise, elle laisse à l'employeur son pouvoir général de gestion. Survivant à l'arrivée du syndicat, ce pouvoir se trouve toutefois désormais encadré par la loi. Il doit être exercé « à l'intérieur des normes qui s'imposaient antérieurement et selon les pratiques qui avaient cours dans l'entreprise » : P. Verge, G. Trudeau et G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), p. 139; R. P. Gagnon et autres, *Le droit du travail du Québec* (7e éd. 2013), p. 597-598.

[48] In this context, the employer cannot simply argue that its decision is consistent with the powers conferred on it in the individual contract of employment and by the general law before the petition for certification was filed. *It must continue acting the way it acted, or would have acted, before that date* (*Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Gravel & Fils Inc. v. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87, at pp. 90-91; *Pakenham*; *Woolco (No. 6291) v. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325 (T.A.), at pp. 7-8; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL)*; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) v. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 84; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, at para. 80).

[49] On this point, I wish to stress that to accept the opposite argument — that the employer can change its management practices in all circumstances because it had the power to do so before the union's arrival — would be to deprive s. 59 of any effect. Thus, s. 59 was enacted for the specific purpose of preventing the employer from [TRANSLATION] "exercising its great freedom of action at the last minute by being particularly generous or adopting any other pressure tactic" (Morin et al., at p. 1122). To permit the employer to keep using its managerial powers as if nothing had changed would, when all is said and done, be to allow the employer to do that which the law is actually meant to prohibit.

[50] Professor Côté comments as follows in this regard:

> [TRANSLATION] [S]uch an approach, which would ultimately involve maintaining, without qualification, the employer's power and prerogative to unilaterally dictate or change conditions of employment, in law or in fact, could quickly become paradoxical.
>
> What would be the rationale for this rule if it were to be interpreted as affirming, under the guise of a

[48] Dans ce contexte, l'employeur ne peut se limiter à prétendre que sa décision est conforme aux pouvoirs que lui attribuaient le contrat individuel de travail et le droit commun avant le dépôt de la requête en accréditation. *Il doit dorénavant continuer à agir comme il le faisait, ou l'aurait fait, avant cette date* (*Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Gravel & Fils Inc. c. Syndicat d'entreprises funéraires*, [1984] T.A. 87, p. 90-91; *Pakenham*; *Woolco (No. 6291) c. Syndicat national des employés de magasins de Chicoutimi (CSN)*, [1983] AZ-83141325 (T.A.), p. 7-8; *Association du personnel administratif et professionnel de l'Université Laval (APAPUL)*; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN) c. UniMarketing inc.*, [1997] T.A. 549; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 84; *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, par. 80).

[49] Sur ce point, je tiens à souligner que le fait d'accepter la thèse contraire — à savoir que l'employeur peut toujours modifier ses normes de gestion, parce qu'il jouissait de ce pouvoir avant l'arrivée du syndicat — priverait l'art. 59 de tout effet. Cette disposition, je le rappelle, a été édictée dans le but précis d'empêcher l'employeur d'« utiliser *in extremis* sa grande liberté de manœuvre pour être particulièrement généreux ou exercer quelque autre moyen de pression » (Morin et autres, p. 1122). Or, lui permettre de continuer à utiliser ses pouvoirs de gestion comme si rien n'avait changé reviendrait en définitive à lui permettre de faire ce que la loi vise pourtant à prohiber.

[50] À ce propos, le professeur Côté formule d'ailleurs les observations suivantes :

> [U]ne telle approche qui consisterait, à la limite, à maintenir sans nuances les pouvoirs et prérogatives de l'employeur de dicter ou de modifier unilatéralement, en droit ou en fait, les conditions de travail risque de devenir rapidement antinomique.
>
> Quelle serait la raison d'être de cette règle si on devait l'interpréter ainsi comme consacrant, sous le couvert

prohibition against changing conditions of employment, a nearly absolute power to change such conditions by sophistically equating that power with a condition of employment? [p. 161]

[51] An interpretation that would leave the employer with all the freedom it had before the petition for certification was filed would be contrary to s. 41 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, which favours a broad and purposive interpretation of the provision. It seems to me that such an interpretation would also overlook the fact that the employer ceases to have sole control over labour relations in its business after the union arrives on the scene. Once the petition for certification is filed, the employer is dealing with [TRANSLATION] "the possible implementation of a new scheme of labour relations in the business, a system that is now institutionalized", and it must take this new system into account in exercising its management power: R. Blouin, "La convention collective de travail en tant qu'instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d'où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l'éducation", in Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation* (2005), 51, at p. 68.

[52] In this context, to find that there has been no unlawful change in conditions of employment within the meaning of s. 59 of the *Code*, an arbitrator must do more than simply determine that the employer had the power to act the way it did before the union's arrival. He or she must also be satisfied that the employer's decision was consistent with its normal management practices or, in other words, that it would have done the same thing had there been no petition for certification.

[53] There will often be an inevitable overlap between proving the employer's power and proving that the power was exercised in accordance with past management practices. An arbitrator hearing a complaint concerning the resiliation of the contract of employment of an employee who had, without justification, no longer been performing his or her work for weeks can thus readily conclude that the decision was based on a power that the employer

d'une prohibition de modifier les conditions de travail, le pouvoir quasi absolu de modifier les conditions de travail, en assimilant, de façon sophistique, ce pouvoir à une condition de travail? [p. 161]

[51] Une interprétation laissant à l'employeur toute la latitude qu'il possédait avant le dépôt de la requête en accréditation violerait les prescriptions de l'art. 41 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, ch. I-16, lesquelles privilégient une interprétation large et téléologique de la disposition. Il m'apparaît que cette interprétation ferait aussi abstraction du fait que, après l'arrivée du syndicat, l'employeur ne contrôle désormais plus seul les relations de travail dans son entreprise. En effet, à partir du dépôt de la demande d'accréditation, il fait face à « l'éventualité de l'implantation d'un nouvel ordre de relations du travail dans l'entreprise, un régime dorénavant institutionnalisé » et dont il doit tenir compte dans l'exercice de son pouvoir de gestion : R. Blouin, « La convention collective de travail en tant qu'instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d'où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l'éducation », dans Barreau du Québec, vol. 235, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation* (2005), 51, p. 68.

[52] Dans ce cadre, pour conclure à l'absence de modification illégale des conditions de travail au sens de l'art. 59 du *Code*, l'arbitre ne peut se contenter de vérifier si l'employeur détenait le pouvoir d'agir comme il l'a fait avant l'arrivée du syndicat dans son entreprise. Il lui faut également être convaincu que la décision de l'employeur demeurait conforme à ses pratiques habituelles de gestion ou, exprimé autrement, qu'il aurait procédé de la même manière en l'absence d'une requête en accréditation.

[53] Le recoupement entre la preuve du pouvoir de l'employeur et celle de son utilisation conforme aux pratiques de gestion antérieures sera souvent inévitable. Ainsi, l'arbitre saisi d'une plainte basée sur la résiliation du contrat de travail d'un employé ne fournissant plus sa prestation de travail sans justification depuis des semaines pourra facilement conclure qu'il s'agit là d'une décision fondée sur un pouvoir que l'employeur aurait utilisé, malgré le

would have exercised even if the petition for certification had not been filed. However, many situations arise in which proof of the existence of a power will not automatically support a conclusion that it has been exercised in a particular way. For example, the fact that an employer can unilaterally increase its employees' wages without notice does not necessarily prove that it would have done so had a union not come on the scene.

[54] Unlike s. 17 of the *Code*, s. 59 does not create a presumption "of change" or automatically reverse the burden of proof, which continues to rest with the employees and the union. The latter must therefore adduce sufficient evidence to prove that the alleged change is inconsistent with the employer's "normal management practices". However, nothing prevents the arbitrator hearing the complaint from drawing presumptions of fact from the whole of the evidence presented before him or her in accordance with the general rules of the law of civil evidence (arts. 2846 and 2849 *C.C.Q.*) as normally applied. As a result, if the union submits evidence from which the arbitrator can infer that a specific change does not seem to be consistent with the employer's normal management practices, a failure by the employer to adduce evidence to the contrary is likely to have an adverse effect on its case (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at p. 748).

[55] Regardless of who adduced the evidence to be considered by the arbitrator, there are two ways for the arbitrator to determine whether a specific change is consistent with the employer's normal management practices. First, for the employer's decision not to be considered a change in conditions of employment within the meaning of s. 59 of the *Code*, the arbitrator must be satisfied that it was made in accordance with the employer's *past* management practices. In the words of Judge Auclair, the arbitrator must be able to conclude that the employer's decision was made [TRANSLATION] "in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace": *Pakenham*, at p. 202. (See also *Woolco (No. 6291)*, at pp. 7-8; *Gravel & Fils Inc.*, at p. 90; *Plastalène Corp.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs*

dépôt de la requête en accréditation. Toutefois, il se présente de nombreuses situations où la preuve de l'existence d'un pouvoir ne permet pas de conclure automatiquement à son utilisation d'une manière donnée. À titre d'exemple, le fait qu'un employeur puisse augmenter unilatéralement et sans préavis le salaire de ses employés ne prouve pas forcément qu'il l'aurait fait, n'eût été l'arrivée d'un syndicat dans l'entreprise.

[54] Contrairement à l'art. 17 du *Code*, l'art. 59 ne crée ni présomption « de modification » ni renversement automatique du fardeau de preuve. Le fardeau de présentation demeure sur les épaules des employés et du syndicat. Dans ce contexte, il leur revient de présenter des éléments de preuve suffisants pour établir l'incompatibilité entre le changement allégué et les « pratiques habituelles » de gestion de l'employeur. Toutefois, rien n'empêche l'arbitre chargé d'entendre la plainte d'induire des présomptions de fait de l'ensemble de la preuve présentée devant lui, conformément aux règles générales du droit de la preuve civile (art. 2846 et 2849 *C.c.Q.*) et à leur mise en application normale. Ainsi, dans la mesure où le syndicat présente des éléments de preuve permettant à l'arbitre d'induire qu'un changement donné ne semble pas être conforme à ces pratiques habituelles, l'absence de présentation d'une preuve contraire par l'employeur risque de lui être défavorable (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), p. 748).

[55] Quelle que soit la source des éléments de preuve qu'il considérera, l'arbitre dispose de deux moyens pour se prononcer sur la conformité entre un changement donné et les pratiques habituelles de gestion de l'employeur. Dans un premier temps, pour que la décision de l'employeur ne soit pas assimilée à une modification des conditions de travail au sens de l'art. 59 du *Code*, l'arbitre devra être convaincu qu'elle a été prise en conformité avec ses pratiques *antérieures* de gestion. Pour reprendre l'expression du juge Auclair, il devra être en mesure de conclure que la décision patronale a été prise « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposés avant la venue du syndicat chez lui » : *Pakenham*, p. 202. (Voir aussi *Woolco (No. 6291)*, p. 7-8; *Gravel & Fils Inc.*, p. 90; *Plastalène Corp.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers*

douces & ouvriers de diverses industries, at pp. 6-7; *Société des casinos du Québec inc.*, at pp. 16-19; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, at para. 75.)

[56] Second, the courts have held that the employer must continue to be able to adapt to the changing nature of the business environment in which it operates. For example, in some situations in which it is difficult or impossible to determine whether a particular management practice existed before the petition for certification was filed, the courts accept that a decision that is [TRANSLATION] "reasonable", based on "sound management" and consistent with what a "reasonable employer in the same position" would have done can be seen as falling within the employer's normal management practices (Gagnon et al., at p. 600; Burkett et al., at p. 171; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*; *Association des juristes de l'État v. Commission des valeurs mobilières du Québec*; *Société du centre Pierre-Péladeau v. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333 (T.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*).

[57] Thus, a change can be found to be consistent with the employer's "normal management policy" if (1) it is consistent with the employer's past management practices or, failing that, (2) it is consistent with the decision that a reasonable employer would have made in the same circumstances. In other words, a change [TRANSLATION] "that would have been handled the same way had there been no attempt to form a union or process to renew a collective agreement should not be considered a change in conditions of employment to which section 59 of the Labour Code applies": *Club coopératif de consommation d'Amos*, at p. 12.

[58] In either case, whatever the nature of the circumstances relied on by the employer in making the change, the arbitrator dealing with the complaint must first be satisfied that those circumstances exist and that they are genuine (see *Gravel & Fils Inc.*, at p. 91; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des*

de diverses industries, p. 6-7; *Société des casinos du Québec inc.*, p. 16-19; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, par. 75.)

[56] Dans un deuxième temps, la jurisprudence reconnaît que l'entreprise doit rester en mesure de s'adapter au contexte variable de l'environnement commercial dans lequel elle évolue. Par exemple, dans certains scénarios où il est difficile ou impossible de déterminer si une pratique de gestion donnée existait avant le dépôt de la requête en accréditation, la jurisprudence pertinente admet qu'il est possible de considérer qu'une décision « raisonnable », de « saine gestion », conforme à ce qu'aurait fait un « employeur raisonnable placé dans la même situation », relève des pratiques habituelles de gestion (Gagnon et autres, p. 600; Burkett et autres, p. 171; *Plastalène Corp.*; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*; *Association des juristes de l'État c. Commission des valeurs mobilières du Québec*; *Société du centre Pierre-Péladeau c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2006 CanLII 32333 (T.A.); *Travailleurs et travailleuses de l'alimentation et du commerce, section locale 501*).

[57] Un changement pourra donc être déclaré conforme à la « politique habituelle de gestion » de l'employeur (1) s'il est cohérent avec ses pratiques antérieures de gestion ou, à défaut, (2) s'il est conforme à la décision qu'aurait prise un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En d'autres mots, la modification « qui aurait été administrée de la même façon, en dehors d'un processus de syndicalisation ou de renouvellement de convention collective, ne doit pas être considérée comme un changement dans les conditions de travail visé par l'article 59 du code du travail » : *Club coopératif de consommation d'Amos*, p. 12.

[58] Par ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, quelle que soit la nature des circonstances invoquées par l'employeur pour procéder au changement, l'arbitre appelé à statuer devra d'abord être convaincu de l'existence de ces circonstances et de leur véracité (voir *Gravel & Fils Inc.*, p. 91;

professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.), at pp. 33-37; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, at pp. 559-60; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, at pp. 12-13; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN v. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540 (T.A.), at paras. 429-44).

[59] When all is said and done, although the arbitrator has the power to assess the nature of the change contested by the union and the context in which it was made, the *Code*, far from prohibiting all changes in conditions of employment, prohibits those that are not consistent with the management policy the employer adopted or would have adopted before the union's arrival. This analytical approach leaves the employer with the freedom of action it needs to continue operating its business as it did before that time. The approach is thus perfectly consistent with the objectives of the statutory "freeze", since it protects the employees' rights without depriving the employer of all of its management power.

[60] The mechanism codified in s. 59 is by no means specific to Quebec, as it exists in all provinces of Canada and at the federal level (Adams, at pp. 10-80.3 to 10-96; Burkett et al., at p. 171). In all the general labour relations schemes in Canada, therefore, although the employer does not lose its right to manage its business simply because of the arrival of a union, it must, from that point on, exercise that right as it did or would have done before then (see *Spar Aerospace Products Ltd. v. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139 (C.L.R.B.); *Bizeau v. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CIRB 261 (CanLII); *Public Service Alliance of Canada v. Hamlet of Kugaaruk*, 2010 CIRB 554 (CanLII); D. J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (loose-leaf), vol. 1, at ¶9:1200). If the employer does not exercise its prerogatives consistently, it is liable to whatever penalty the arbitrator considers appropriate in the circumstances.

Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.), p. 33-37; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, p. 559-560; *Syndicat des salarié-e-s de la Guilde des musiciens du Québec*, p. 12-13; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN c. Nordia Inc.*, 2012 CanLII 82540 (T.A.), par. 429-444).

[59] En définitive, bien que l'arbitre soit investi du pouvoir d'apprécier la nature et le contexte dans lequel le changement dénoncé par le syndicat a été effectué, le *Code* est loin d'interdire en soi toute modification des conditions de travail. Il prohibe plutôt les modifications non conformes à la politique de gestion qu'avait ou qu'aurait adoptée l'employeur avant l'arrivée du syndicat dans son entreprise. Cette méthode d'analyse reconnaît à l'employeur la marge de manœuvre nécessaire pour continuer à exploiter son entreprise comme il le faisait jusque là. Elle répond alors parfaitement aux objectifs que poursuit le « gel » imposé par la loi. En effet, elle protège les droits des employés, sans pour autant déposséder l'employeur de l'ensemble de son pouvoir de gestion.

[60] Loin d'être particulier au Québec, le mécanisme codifié à l'art. 59 existe dans toutes les provinces canadiennes ainsi qu'au niveau fédéral (Adams, p. 10-80.3 à 10-96; Burkett et autres, p. 171). Ainsi, dans tous les régimes généraux de relations de travail au Canada, si l'employeur ne perd pas son droit de gestion du seul fait de l'arrivée d'un syndicat dans son entreprise, il doit désormais l'exercer comme il le faisait ou l'aurait fait avant cet événement (voir *Spar Aerospace Products Ltd. c. Spar Professional and Allied Technical Employees Association*, [1979] 1 C.L.R.B.R. 61; *Metropol-Basefort Security Group Ltd.* (1990), 79 di 139 (C.C.R.T.); *Bizeau c. Aéroport de Québec Inc.*, 2004 CCRI 261 (CanLII); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Hameau de Kugaaruk*, 2010 CCRI 554 (CanLII); D. J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (feuilles mobiles), vol. 1, ¶9:1200). L'employeur qui fait défaut d'utiliser ses prérogatives de manière cohérente s'expose à la sanction que l'arbitre jugera appropriée dans les circonstances.

(3) Arbitrator's Powers

[61] As in cases concerning the interpretation or the application of a collective agreement, grievance arbitrators are empowered to rule on alleged violations of the right provided for in s. 59 (s. 100.10 of the *Code*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 v. Journal de Québec, division de Groupe Québécor inc.*, [1996] R.J.Q. 299 (Sup. Ct.); *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Sobey's inc., N° 650 v. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill v. Munaca*, [2003] AZ-50193382 (T.A.), at para. 44, aff'd [2004] AZ-50264810 (Sup. Ct.)).

[62] Where an arbitrator upholds a complaint, s. 100.12 of the *Code* and art. 1590 *C.C.Q.* confer broad powers on him or her to compel the employer to remedy any harm it may have caused. The arbitrator has a [TRANSLATION] "power of correction and reparation that is sufficiently effective for him or her to really decide the grievance and ensure that all concerned can fully enjoy their rights" (Morin and Blouin, at p. 547; see D. Veilleux, "La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée!" (1995), 55 *R. du B.* 429; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727, at para. 40; *Hôpital St-Charles de Joliette v. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129 (C.A.), at p. 134; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) v. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); see also Verge, Trudeau and Vallée, at pp. 212 *et seq.*).

[63] In the case of a complaint under s. 59, the legislative origin of the employer's duty does not limit the scope of the arbitrator's remedial power. In 1977, the Quebec legislature decided that complaints of unlawful changes to conditions of employment should be dealt with as if they were grievances (*An Act to amend the Labour Code and the Labour and Manpower Department Act*, S.Q. 1977, c. 41, s. 48). Since that time, arbitrators ruling on alleged violations of s. 59 have had exactly

(3) Les pouvoirs de l'arbitre

[61] Comme dans le cas des litiges portant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective, l'arbitre de grief a compétence pour statuer sur une allégation de violation du droit proclamé par l'art. 59 (art. 100.10 du *Code*; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, division de Groupe Québécor inc.*, [1996] R.J.Q. 299 (C.S.); *Syndicat des salariés des Industries Leclerc (CSD)*; *Sobey's inc., N° 650 c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobey's de Baie-Comeau*, [1996] T.A. 721; *Université McGill c. Munaca*, [2003] AZ-50193382 (T.A.), par. 44, conf. par [2004] AZ-50264810 (C.S.)).

[62] Dans l'hypothèse où l'arbitre fait droit à la plainte, les art. 100.12 du *Code* et 1590 *C.c.Q.* lui octroient de larges pouvoirs lui permettant de contraindre l'employeur à réparer le tort qu'il aurait causé. En effet, l'arbitre dispose d'un « pouvoir de correction et de réparation suffisamment efficace pour réellement trancher le grief et permettre à chacun de disposer pleinement de ses droits » (Morin et Blouin, p. 547; voir D. Veilleux, « La portée du pouvoir remédiateur de l'arbitre. . . Contestée! » (1995), 55 *R. du B.* 429; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727, par. 40; *Hôpital St-Charles de Joliette c. Syndicat des employés d'hôpitaux de Joliette inc.*, [1973] R.D.T. 129 (C.A.), p. 134; *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII); voir aussi Verge, Trudeau et Vallée, p. 212 et suiv.).

[63] Dans le cas d'une plainte portée en vertu de l'art. 59, l'origine législative du devoir imposé à l'employeur ne restreint pas la portée du pouvoir de réparation accordé à l'arbitre. En effet, en 1977, le législateur québécois a choisi d'assimiler à un grief les plaintes pour modification illégale des conditions de travail (*Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d'œuvre*, L.Q. 1977, ch. 41, art. 48). Depuis ce temps, l'arbitre saisi d'une allégation de violation

the same remedial powers as if they were deciding a grievance filed under a collective agreement (*Automobiles Canbec inc.* (*per* Otis J.A.); *Travelways Ltd. v. Legendre*, [1987] AZ-87149123 (Sup. Ct.); Morin and Blouin, at pp. 203-4). In appropriate circumstances, therefore, an arbitrator can order reparation in kind, such as the reinstatement of a condition of employment. Where the circumstances do not lend themselves to such a remedy, however, the arbitrator can order reparation by equivalence. The latter remedy will be appropriate where the employer goes out of business either in part or completely, at least insofar as it is impossible to reinstate the employees dismissed in contravention of s. 59.

D. *Closure of a Business and Application of Section 59*

[64] Wal-Mart argues that the closure of its Jonquière establishment bars its employees from invoking s. 59. In the alternative, it submits that in any event, the closure constitutes a full defence that justifies the change in the employees' conditions of employment. Neither of these arguments is valid. In my opinion, the employer is (1) neither shielded by the closure of its establishment (2) nor, otherwise, relieved of the burden of proving that its decision was consistent with its normal management practices.

(1) Applicability of Section 59 in the Context of the Closure of a Business

[65] On appeal, Vézina J.A. relied essentially on *Plourde* to hold that the closure of a business rules out any possibility of applying s. 59 of the *Code*. More specifically, he reproduced para. 35 of that judgment, in which the majority of this Court had stressed that "[t]he reference in s. 15 to an order to 'reinstate such employee in his employment' signals quite unambiguously the legislative contemplation of an ongoing place of employment as the foundation of a successful s. 15 application" (emphasis in original). Basing his analysis on this passage, Vézina J.A. stated:

de l'art. 59 dispose exactement des mêmes pouvoirs réparateurs que s'il se penchait sur un grief déposé en application d'une disposition de la convention collective (*Automobiles Canbec inc.* (la juge Otis); *Travelways Ltd. c. Legendre*, [1987] AZ-87149123 (C.S.); Morin et Blouin, p. 203-204). Si la situation s'y prête, il pourra donc octroyer une réparation en nature, par exemple le rétablissement d'une condition de travail. Au contraire, si le contexte ne le permet pas, il pourra ordonner une réparation par équivalent. Ce type de réparation sera approprié si l'employeur met fin aux activités d'une partie ou de l'ensemble de son entreprise, à tout le moins dans la mesure où la réintégration des employés congédiés en violation de l'art. 59 est impossible.

D. *La fermeture d'entreprise et l'application de l'art. 59*

[64] Wal-Mart prétend que la fermeture de son établissement de Jonquière empêche ses employés d'invoquer l'art. 59. Si cette prétention n'est pas retenue, elle soutient qu'en tout état de cause, la fermeture constitue une défense complète justifiant la modification des conditions de travail. Aucune de ces prétentions n'est fondée. À mon avis, l'employeur n'est (1) ni protégé par la fermeture de son établissement (2) ni, le cas échéant, libéré de l'obligation de prouver que sa décision est conforme à ses pratiques habituelles de gestion.

(1) L'applicabilité de l'art. 59 en cas de fermeture d'entreprise

[65] En appel, le juge Vézina s'appuie essentiellement sur l'arrêt *Plourde* pour conclure que la fermeture de l'entreprise écarte toute possibilité d'application de l'art. 59 du *Code*. Plus précisément, il reproduit le par. 35 de cette décision, où la majorité de notre Cour souligne que « [l]e fait que l'art. 15 parle de "réintégrer ce salarié dans son emploi" indique de façon non ambiguë que le législateur considérait l'existence d'un lieu de travail toujours en activité comme une condition préalable au succès d'une plainte fondée sur l'art. 15 » (souligné dans l'original). Se fondant sur cet extrait, le juge Vézina affirme ce qui suit :

[TRANSLATION] To remedy an unlawful change in a condition of employment, it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before. By way of analogy, to remedy an allegedly unlawful closure, it would be necessary to reopen the business, to begin operating again.

This remedy is not possible, however, given that no one can be forced to continue operating a business no matter what his or her reasons for closing it might be. [paras. 121-22]

[66] With respect, the passage from *Plourde* quoted by Vézina J.A. does not support a conclusion that "[t]o remedy an unlawful change in a condition of employment, it is necessary to return to the former situation, to restore the operation of the business to how it was run before." Rather, the passage in question leads to the conclusion that *Plourde* was based essentially on the *words* of s. 15 (see also in *Plourde*, paras. 36, 39 and 54). According to the majority of this Court, those words, in placing limits on the powers of the Commission des relations du travail, only authorize it to order that the dismissed employee be reinstated. Such a result necessarily presupposes the existence of an active business. Unlike s. 15, however, s. 59 contains no word or language that would support a conclusion that its applicability depends on the existence of an active business or, more simply, of a possibility of reinstatement. *Plourde* therefore cannot support the Court of Appeal's conclusions.

[67] I would stress in passing, adopting the words and the logic expressed by Binnie J. in *Plourde*, that if the Quebec legislature had intended reinstatement to be the only possible remedy for violation of the right to unchanged conditions of employment, it would have "actually *said* [so] in the relevant statutory provisions" (para. 36 (emphasis in original)). Given the absence of such an indication, there is nothing to preclude the arbitrator from ordering an alternative remedy in the form of damages.

[68] In this regard, at no point did the majority of the Court in *Plourde* hold that an employer's closure of an establishment would on its own shield the employer from any action by its employees. On the contrary, Binnie J. mentioned several times that

Pour remédier à une modification illégale d'une condition de travail, il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l'exploitation comme par le passé. Si on fait le parallèle, pour remédier à une fermeture qui serait illégale, il faudrait une réouverture de l'entreprise, une reprise de l'exploitation.

Or, cette réparation n'est pas possible dû au fait que nul ne peut être forcé de continuer l'exploitation d'une entreprise, quels que soient ses motifs pour y mettre fin. [par. 121-122]

[66] Avec égards, l'extrait de l'arrêt *Plourde* cité par le juge Vézina ne permet pas de conclure que, « [p]our remédier à une modification illégale d'une condition de travail, il faut revenir à la situation antérieure, restaurer l'exploitation comme par le passé. » En effet, cet extrait confirme plutôt la conclusion que l'arrêt *Plourde* repose essentiellement sur le *texte* de l'art. 15 (voir aussi dans *Plourde* les par. 36, 39 et 54). Selon la majorité de notre Cour, en limitant les pouvoirs de la Commission des relations du travail, ce texte autorise seulement celle-ci à ordonner la réintégration du salarié congédié. Une telle conclusion suppose nécessairement l'existence d'une entreprise active. Or, à la différence de l'art. 15, l'art. 59 ne contient ni mot ni formule justifiant de conclure que son applicabilité dépend de l'existence d'une entreprise active, voire, plus simplement, d'une possibilité de réintégration. Dans ce contexte, l'arrêt *Plourde* ne peut soutenir les conclusions de la Cour d'appel.

[67] Reprenant le vocabulaire et la logique du juge Binnie dans *Plourde*, je me permets au passage de souligner que, si le législateur québécois avait voulu restreindre à la seule réintégration la réparation pour violation du droit au maintien des conditions de travail, il l'aurait « effectivement *dit* dans les dispositions législatives pertinentes » (par. 36 (en italique dans l'original)). En l'absence d'une telle indication, rien n'empêche l'arbitre d'ordonner une réparation subsidiaire, sous forme de dommages-intérêts.

[68] À ce sujet, d'ailleurs, jamais la majorité de la Cour dans *Plourde* n'a-t-elle décidé que la fermeture par un employeur de son établissement l'immunise par elle-même contre tout recours des employés. Au contraire, à maintes occasions, le

an employer that goes out of business can be required to remedy losses suffered by its terminated employees. For example, he said the following early in his reasons:

> The rule in Quebec that an employer can close a plant for "socially reprehensible considerations" does not however mean it can do so without adverse financial consequences, including potential compensation to the employees who have thereby suffered losses. [para. 8]

(See also the final sentence of para. 51, as well as paras. 52 and 54.)

[69] Far from being isolated, this statement echoed the conclusion reached by Gonthier J. several years earlier in *Place des Arts*, in which, as Binnie J. wrote in *Plourde* (at para. 51), the Court had held that

> the complaint and the proposed remedy *contemplated the continued existence of an ongoing undertaking* by the Place des Arts technical services group which on the evidence no longer existed. That was the *ratio decidendi* of the case. In that context resort was made to the *City Buick* line of cases. This Court endorsed the view that no legislation obliges an employer to remain in business. <u>However, Gonthier J. did not suggest that the closure immunized the employer from *any* consequences or that there was no remedy *anywhere* under the Code to provide for compensation to the terminated employees</u>, or other relief or remedy, on proof that the termination was for anti-union reasons. [Underlining added; italics in original.]

[70] Thus, in the absence of clear language excluding any form of remedy other than reinstatement, or if the claimant is not seeking such reparation "in kind", the arbitrator, who cannot of course impose the reinstatement of an employee in an establishment that has been closed, nonetheless retains the power to order reparation by equivalence. However, Wal-Mart, with which Rothstein and Wagner JJ. agree, counters the possibility of such an order by further submitting that the purpose and the nature of s. 59 preclude the courts from applying that section once the business has

juge Binnie a indiqué qu'un employeur cessant ses activités peut être tenu de réparer le préjudice causé aux employés licenciés. À titre d'exemple, au tout début de ses motifs, on peut lire ceci :

> La règle québécoise selon laquelle un employeur peut fermer un établissement pour des « motifs condamnables socialement » ne signifie toutefois pas qu'il peut le faire sans conséquences négatives sur le plan financier, y compris la possibilité d'avoir à indemniser les salariés pour le préjudice que leur a causé la fermeture. [par. 8]

(Voir aussi les par. 51 *in fine*, 52 et 54.)

[69] Loin d'être isolée, cette affirmation fait écho à la conclusion formulée par le juge Gonthier, quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Place des Arts*. Dans cet arrêt, comme l'écrivait le juge Binnie dans *Plourde* (par. 51), notre Cour a jugé :

> . . . la plainte et la réparation sollicitée *supposaient l'existence et la poursuite des activités de l'entreprise* de prestation de services techniques de la Place des Arts alors que, suivant la preuve, cette entreprise n'existait plus. C'était là le motif déterminant de cet arrêt. Dans ce contexte, la Cour s'est appuyée sur le courant jurisprudentiel amorcé par *City Buick*. Elle a retenu le point de vue voulant qu'aucune loi n'oblige un employeur à poursuivre ses activités. <u>Le juge Gonthier n'a cependant pas laissé entendre que la fermeture immunisait l'employeur contre *toute* conséquence résultant de sa décision ou que le Code n'offrait *aucun* recours pouvant permettre aux salariés congédiés d'être indemnisés</u> ou d'obtenir une autre réparation s'il était établi que les congédiements procédaient de raisons antisyndicales. [Je souligne; en italique dans l'original.]

[70] Par conséquent, en l'absence d'un texte clair excluant toute autre forme de remède que la réintégration, ou dans la mesure où le demandeur ne recherche pas une telle réparation « en nature », bien que l'arbitre ne puisse évidemment pas imposer la réintégration d'un salarié dans un établissement fermé, il conserve tout de même le pouvoir d'ordonner une réparation par équivalent. Toutefois, pour nier cette possibilité, Wal-Mart, suivi en ce sens par les juges Rothstein et Wagner, soutient également que l'objectif et la nature de l'art. 59 empêchent les tribunaux de l'appliquer une

been closed. In short, Wal-Mart argues that the section's purpose is to maintain a balance between the parties, but only during the collective bargaining period, in order to preclude the employer from putting pressure on its employees. But in putting an end to collective bargaining, the closure renders s. 59 inapplicable, since, Wal-Mart alleges, there is no longer a balance to maintain, nor are there employees to protect.

[71] With respect, this argument is wrong. On the one hand, it seems to me to disregard the fact that, *absent a clear indication to the contrary*, the content of a substantive right is not determined by the scope of a particular remedy. On the other hand, insofar as it presupposes that the purpose of s. 59 is to maintain the *status quo*, it is based on a flawed premise. As I mentioned above, the primary purpose of s. 59 is not, in itself, to restore the balance for a given period of time, but to facilitate certification and foster good faith in collective bargaining in order, ultimately, to enable employees to exercise their right of association. Hence, the fact that it is impossible to attain the procedural balance the legislation is designed to maintain during a bargaining period does not preclude the arbitrator from giving full effect to s. 59 by ordering that an employer that has violated its employees' *rights* remedy the resulting harm, if only by way of reparation by equivalence.

[72] In other words, the termination of the process undertaken further to the petition for certification does not eliminate the employer's obligation to make reparation for a violation of s. 59. Nor can it be said that a breach of the duty defined in s. 12 of the *Code* not to interfere with employees' freedom of association cannot be sanctioned if the employer has gone out of business (*Plourde*, at paras. 26-31). By way of analogy, would a court considering a breach, as of the time the breach occurred, of the duty of good faith codified as part of the general law in art. 1375 *C.C.Q.* refuse to sanction that breach solely because at the time of the hearing, the contract between the parties had been resiliated? Of course not. In such a case, resiliation does not erase the violation of the right of the creditors, the

fois l'entreprise fermée. Pour résumer, Wal-Mart prétend que l'objectif de cette disposition consiste à maintenir l'équilibre entre les parties, uniquement pendant la période limitée au temps que dure la négociation collective, dans le but éventuel d'éviter que l'employeur fasse pression sur ses employés. Or, en mettant fin à cette négociation, la fermeture rend inutile l'art. 59, car, allègue Wal-Mart, il n'y a alors ni équilibre à maintenir ni employés à protéger.

[71] Avec égards, cet argument est mal fondé. D'une part, il me semble oublier le fait *qu'à moins d'indication claire au contraire*, le contenu d'un droit substantiel n'est pas déterminé par la portée d'une sanction particulière. D'autre part, dans la mesure où il présuppose que l'objectif de l'art. 59 est de maintenir le statu quo, il repose sur une prémisse erronée. En effet, comme je l'ai rappelé plus tôt, l'objectif premier de cette disposition n'est pas en soi de rétablir l'équilibre pour un temps donné, mais bien de faciliter l'accréditation, de favoriser la négociation de bonne foi de la convention collective pour, au final, permettre l'exercice du droit d'association. Dans ce contexte, l'impossibilité de retrouver l'équilibre procédural souhaité par la loi au cours d'une période de négociation n'empêche en rien l'arbitre de donner plein effet à l'art. 59 en ordonnant à l'employeur ayant violé les *droits* de ses employés de réparer le tort ainsi causé, au moins par équivalent.

[72] En d'autres mots, la fin du processus, engagé après la demande d'accréditation, n'efface pas l'obligation de réparer à laquelle est tenu l'employeur ayant commis une violation de l'art. 59. Parallèlement, on ne saurait affirmer que la violation du devoir de respect de la liberté syndicale des employés reconnu à l'art. 12 du *Code* ne peut être sanctionnée si l'employeur a mis fin à ses activités (*Plourde*, par. 26-31). Dans le même sens, un tribunal appelé à juger de la violation, en cours d'exécution, du devoir de bonne foi que codifie le droit commun à l'art. 1375 *C.c.Q.* refuserait-il de sanctionner une telle violation pour la seule et unique raison que, au moment de l'audience, le contrat liant les parties a été résilié? Certainement pas. À vrai dire, dans de tels scénarios, la résiliation

employees in the case at bar. If an employee proves the injury, he or she can be granted compensation (arts. 1458, 1590 and 1607 *C.C.Q.*; *Automobiles Canbec inc.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Natrel inc. v. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670 (T.A.)).

[73] From this perspective, the purpose of s. 59 of the *Code* does not preclude reparation by equivalence, and neither do the section's words or its nature. As professors Verge and Roux point out, the law is not [TRANSLATION] "powerless when it comes to remedying the consequences of the closure of a business. Generally speaking, independently of any penal sanctions that might be applicable under the *Labour Code*, reparation by equivalence is always possible": P. Verge and D. Roux, "Fermer l'entreprise: un 'droit'. . . absolu?", in Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail* (2006), 223, at p. 259. As a result, an arbitrator considering a case involving a closure cannot refuse to apply s. 59 of the *Code* on the basis that specific performance is no longer possible.

[74] Before going further into the application of s. 59 in such a case, allow me to digress by discussing the argument on which the position of my colleagues Rothstein and Wagner JJ. is essentially based, namely that since this Court's decision in *Plourde*, only a remedy under ss. 12 to 14 of the *Code* is available after a business has been closed. My colleagues' conclusion is based on Binnie J.'s comment that "[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code" (para. 4). In their view, this statement — which they characterize as "unequivocal" — is a precedent that closes the door on any other remedy (para. 121).

[75] I agree with my colleagues that a precedent should be revisited only for the serious reasons this Court recently described in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*,

n'efface pas la violation du droit des créanciers, en l'espèce, les salariés. De fait, dans la mesure où il établit les dommages qu'il a subis, le salarié pourra être indemnisé (art. 1458, 1590 et 1607 *C.c.Q.*; *Automobiles Canbec inc.*; *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries*; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs (CSD)*, [2000] R.J.D.T. 670 (T.A.)).

[73] Dans cette perspective, ni l'objectif, ni le texte, ni la nature de l'art. 59 du *Code* ne font obstacle à la réparation par équivalent. Comme le soulignent les professeurs Verge et Roux, le droit n'est pas « démuni lorsqu'il s'agit de remédier aux conséquences d'une fermeture d'entreprise. D'une façon générale, sans parler de sanctions pénales applicables en vertu du *Code du travail*, la réparation par équivalent est toujours possible » : P. Verge et D. Roux, « Fermer l'entreprise : un "droit". . . absolu? », dans Barreau du Québec, vol. 245, *Développements récents en droit du travail* (2006), 223, p. 259. En conséquence, l'arbitre aux prises avec une situation de fermeture ne pourra pas, sous prétexte que l'exécution en nature est rendue impossible, refuser d'appliquer l'art. 59 du *Code*.

[74] Avant de m'étendre davantage sur la mise en œuvre de l'art. 59 dans un tel cas, j'ouvre une parenthèse pour examiner l'argument sur lequel repose l'essentiel de la thèse de mes collègues, les juges Rothstein et Wagner, à savoir que, depuis la décision de notre Cour dans *Plourde*, seul le recours fondé sur les art. 12 à 14 du *Code* serait ouvert après la fermeture d'une entreprise. Mes collègues appuient cette conclusion sur les propos du juge Binnie suivant lesquels « [l]e recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code » (par. 4). Selon eux, cette affirmation — qu'ils disent être « non équivoque » — constituerait un précédent fermant la porte à tout autre recours (par. 121).

[75] Tout comme mes collègues, je suis persuadé qu'un précédent ne devrait être revisité que pour les motifs sérieux décrits récemment par notre Cour dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et

2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3. However, I cannot accept their, to say the least, broad interpretation of Binnie J.'s statement. First of all, as I mentioned above, the issue in *Plourde* was limited to the applicability of ss. 15 to 17 of the *Code*. The case therefore did not concern the applicability of every section that might be invoked. Indeed, that is what Binnie J. himself said in writing the following at para. 4 of his reasons:

> The issue before the Court, as I see it, is quite limited albeit it is an important one. It is a matter of procedure that has nothing to do with any general inquiry into Wal-Mart's labour practices. The narrow issue is whether the procedural vehicle offered by ss. 15 to 17 of the Code is available to the appellant in circumstances where a store no longer exists. More specifically, the issue is whether an employee in such circumstances has the benefit of the *presumption* in s. 17 that the loss of jobs was a "sanction" imposed for an unlawful motive, namely union busting. [Emphasis added.]

[76] Given that the "narrow" issue was thus "limited" to the applicability of ss. 15 to 17 of the *Code*, it cannot be argued, as my colleagues do, that Binnie J.'s comments with regard to ss. 12 to 14 constitute a "precedent" that the Court is bound to follow in the future. In my opinion, they amount, at most, to a simple *obiter* that was limited to that specific case as presented, argued and analyzed. Furthermore, the remainder of Binnie J.'s sentence — which my colleagues do not mention — shows that he was discussing the alternative offered to employees by ss. 12 to 14, because that was what had been submitted to the Court:

> The appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code (which were in fact invoked by Jonquière employees in the *Boutin* case mentioned earlier). [Emphasis added; para. 4.]

[77] It thus seems clear that Binnie J. did not intend to identify *every* possible remedy available to the employees or, above all, to respond to questions that were not before the Court. Moreover, I would

Ontario (Procureur général) c. Fraser, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3. Cependant, je ne peux me rallier à l'interprétation pour le moins large qu'ils font des propos du juge Binnie. D'abord, comme je l'ai rappelé plus haut, la question en litige dans l'arrêt *Plourde* se limitait à l'applicabilité des art. 15 à 17 du *Code*. Il n'était donc pas question de l'applicabilité de l'ensemble des articles susceptibles d'être invoqués. C'est effectivement ce qu'indique le juge Binnie lui-même, lorsqu'il écrit ceci au par. 4 de ses motifs :

> La question qui est soumise à la Cour est, selon moi, assez limitée, quoique importante. Il s'agit d'une question de procédure qui n'a rien à voir avec un examen général des pratiques de Wal-Mart en matière de relations du travail. La question restreinte soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si, lorsqu'un magasin n'existe plus, l'appelant peut se prévaloir du mécanisme procédural que lui offrent les art. 15 à 17 du Code. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en pareilles circonstances, un salarié bénéficie de la *présomption* établie à l'art. 17, selon laquelle la perte des emplois est une « sanction » imposée pour un motif illégal, savoir pour combattre le syndicat. [Je souligne.]

[76] La question « restreinte » étant alors « limitée » à l'applicabilité des art. 15 à 17 du *Code*, on ne saurait prétendre, comme le font mes collègues, que les commentaires du juge Binnie sur les art. 12 à 14 constituent un « précédent » liant la Cour pour l'avenir. À mon avis, il ne s'agit tout au plus que d'un simple *obiter*, d'une remarque incidente dont la portée est tributaire du cas particulier, tel qu'il a été présenté, débattu et analysé. À cet effet, d'ailleurs, le reste de la phrase du juge Binnie — que mes collègues passent sous silence — montre que ce dernier traite de la solution de rechange qu'offrent aux employés les art. 12 à 14, parce que cette hypothèse lui avait été soumise :

> Le recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code (qui ont effectivement été invoqués par des salariés de Jonquière dans l'affaire *Boutin* mentionnée plus tôt). [Je souligne; par. 4.]

[77] Dans ce contexte, il apparaît donc clairement que le juge Binnie n'entendait pas identifier *toutes* les voies de recours potentielles des employés ni, surtout, répondre à des questions qui ne lui étaient

note that he discussed neither the administrative remedies nor the general law remedies that might have been available. Does this necessarily mean that those remedies are never available when the resiliation of the employees' contracts results from the closure of the establishment where they worked? That because Binnie J. did not mention them as alternatives, *Plourde* now precludes their application? I do not think so.

[78] Indeed, the issue in *Plourde* was totally different from the one in the case at bar. *Plourde* is thus not a precedent that would render s. 59 inapplicable. As I mentioned above, therefore, there is nothing that precludes the application of that section in the context of the closure of an establishment. An arbitrator hearing a case in such a context must, as in any other case concerning a decision that results in a change in conditions of employment, determine whether the employer's decision — to resiliate all the contracts of employment in this instance — is consistent with its past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances.

(2) Employer's Justification: Need to Explain the Closure

[79] Ten years ago, in *Place des Arts*, our late colleague Gonthier J. stressed that neither the *Code* nor Quebec law in general precludes companies "[from going] out of business, either completely or in part" (para. 28). He added, however, adopting the words of Judge Lesage from *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, that the exercise of the right to do so is contingent upon the decision to go out of business being [TRANSLATION] "authentic and not a simulation" (para. 29).

[80] Contrary to the view expressed by Rothstein and Wagner JJ. (at paras. 119 and 129), the application of s. 59 of the *Code* does not call this now well-established principle into question (see *Plourde*, at paras. 41 *et seq.*; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Société du centre Pierre-Péladeau*; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia —*

pas posées. De surcroît, je note qu'il ne traite ni des recours de nature administrative ni des recours de droit commun potentiellement ouverts aux employés. Or, faut-il en déduire que ceux-ci n'existent jamais lorsque la résiliation des contrats des employés résulte de la fermeture de l'établissement de travail? Que parce que le juge Binnie ne les a pas mentionnés à titre de solutions de rechange, l'arrêt *Plourde* empêche maintenant leur application? Je ne le crois pas.

[78] En définitive, la question en litige dans l'arrêt *Plourde* différait totalement de celle qui se pose en l'espèce. Cet arrêt ne constitue donc pas un précédent qui rendrait l'art. 59 inapplicable. En conséquence, comme je l'ai indiqué plus tôt, rien ne s'oppose à l'application de cette disposition dans un scénario de fermeture d'établissement. L'arbitre saisi d'une telle situation devra, comme il le fait pour toute autre décision entraînant la modification de conditions de travail, déterminer si la décision de l'employeur, en l'occurrence la résiliation de l'ensemble des contrats de travail, est conforme à ses pratiques antérieures de gestion ou à celles d'un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

(2) La justification de l'employeur : la nécessité d'expliquer la fermeture

[79] Il y a 10 ans, dans l'arrêt *Place des Arts*, notre regretté confrère le juge Gonthier soulignait que ni le *Code* ni le droit québécois en général n'empêchent les entreprises « de cesser leurs activités en tout ou en partie » (par. 28). Souscrivant aux propos du juge Lesage dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, il ajoutait toutefois que l'exercice de ce droit est conditionnel au fait que la décision de cesser les activités soit « authentique et non une simulation » (par. 29).

[80] Contrairement à ce qu'affirment les juges Rothstein et Wagner (par. 119 et 129), l'application de l'art. 59 du *Code* ne remet pas en question ce principe aujourd'hui bien établi (voir *Plourde*, par. 41 et suiv.; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269 (CanLII); *Société du centre Pierre-Péladeau*; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*). Si,

CSN). Although s. 59 does not in fact deprive the employer of this power to go out of business either in part or completely, and by extension to resiliate the contracts of employment of some or all of its employees, the section does require that it exercise the power in a manner consistent with its normal management practices (see *Gravel & Fils Inc.*, at p. 90; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, at pp. 559-60; *Société du centre Pierre-Péladeau*, at para. 74; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*, at para. 429-49). As I mentioned above, the necessary principal effect of the section is to "freeze" the employer's business environment as it existed at the time the union arrived, which includes how the employer exercised its management power.

[81] In this context, if the union's evidence satisfies the arbitrator that the resiliation of the contracts was not consistent with such a practice, the employer must present evidence to prove the contrary (Royer and Lavallée, at p. 748).

[82] If the employer wishes to avoid having the arbitrator accept the complaint filed under s. 59, therefore, it must show that the change in conditions of employment is not one prohibited by that section. To do so, it must prove that its decision was consistent with its normal management practices or, in other words, that it would have proceeded as it did even if there had been no petition for certification. Given that going out of business either in part or completely is not something that occurs frequently in any company, the arbitrator often has to ask whether a reasonable employer would, in the same circumstances, have closed its establishment: see *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*. Without suddenly becoming an expert in this regard, the arbitrator must also, therefore, above all else, be satisfied of the truthfulness of the circumstances relied on by the employer and of their significance.

[83] If, after conducting this inquiry, the arbitrator is convinced that the resiliation is not consistent with the employer's normal management practices,

de fait, l'art. 59 ne prive pas l'employeur du pouvoir de cesser partiellement ou totalement ses activités et, par extension, de résilier les contrats de travail de certains ou de l'ensemble de ses employés, il lui demande, en revanche, de l'exercer conformément à ses pratiques habituelles de gestion (voir *Gravel & Fils Inc.*, p. 90; *Syndicat des employés de Télémarketing Unimédia (CSN)*, p. 559-560; *Société du centre Pierre-Péladeau*, par. 74; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*, par. 429-449). Je le répète, cette disposition a pour effet principal et nécessaire de « figer » le cadre normatif existant dans l'entreprise au moment de l'arrivée du syndicat, ce qui inclut la manière dont l'employeur exercera son pouvoir de gestion.

[81] Dans ce contexte, dans la mesure où la preuve présentée par le syndicat convainc l'arbitre que la résiliation des contrats ne relève pas d'une telle pratique, l'employeur devra présenter des éléments prouvant le contraire (Royer et Lavallée, p. 748).

[82] Le cas échéant, pour éviter que la plainte déposée en vertu de l'art. 59 ne soit accueillie, l'employeur devra donc démontrer que le changement apporté aux conditions de travail ne constitue pas une modification prohibée par l'art. 59. Pour ce faire, il devra prouver que sa décision s'inscrit dans le cadre de ses pratiques habituelles de gestion ou, en d'autres mots, qu'il aurait agi de la même manière en l'absence de la requête en accréditation. Comme le contexte d'une cessation partielle ou totale ne se présente pas souvent dans une entreprise, il arrive fréquemment que l'arbitre doive se demander si un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait fermé son établissement : voir *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'approbation de Nordia — CSN*. Sans s'improviser expert en la matière, il devra alors également, et ce avant toute chose, être convaincu de la véracité des circonstances invoquées par l'employeur et de leur portée.

[83] Si, au terme de cette analyse, l'arbitre est persuadé que la résiliation ne s'inscrit pas dans le cadre des pratiques habituelles de gestion de

he or she must find that the employer's decision resulted in a unilateral change in conditions of employment that is prohibited by s. 59 of the *Code*. The arbitrator will then have no choice but to sanction the violation of the right protected by that section by deciding on the appropriate remedy. Given that the employer cannot be ordered to continue operating or to reopen its business, the arbitrator can order it to compensate the employees whose rights have been violated.

E. *Validity of Arbitrator Ménard's Award*

[84] An arbitrator, who is required by law to decide any complaint based on s. 59 of the *Code*, has considerable discretion in doing so that calls for deference on the part of the ordinary courts. In the instant case, Arbitrator Ménard held that, in the circumstances, the resiliation of all the contracts of employment constituted a change in the employees' conditions of employment within the meaning of s. 59. In light of the facts and of the applicable law, I find his award reasonable and, hence, unreviewable.

(1) Standard of Review: Reasonableness

[85] Since 1944, writes Professor Trudeau, grievance arbitration [TRANSLATION] "has gradually emerged as the sole, obligatory and final method of settling disputes concerning the interpretation and application of collective agreements": G. Trudeau, "L'arbitrage des griefs au Canada: plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 249, at p. 249. This Court, aware of the systemic importance accorded by Canadian legislatures to this expeditious, effective and specialized dispute settlement method, has always shown great deference to awards of arbitrators who act within the limits of their jurisdiction (*Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 488; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 721; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 251; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, 2001 SCC 47, [2001] 2 S.C.R. 565, at para. 32; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U.,*

l'employeur, il devra conclure que cette décision entraîne une modification unilatérale des conditions de travail prohibée par l'art. 59 du *Code*. Il ne lui restera alors qu'à sanctionner la violation du droit que protège cette disposition en déterminant la réparation appropriée. Faute d'être capable de condamner l'employeur à maintenir ses activités ou à les reprendre, l'arbitre pourra le condamner à indemniser les employés dont les droits ont été violés.

E. *La validité de la décision de l'arbitre Ménard*

[84] Chargé par la loi de statuer sur toute plainte fondée sur l'art. 59 du *Code*, l'arbitre dispose à cette fin d'une grande latitude que se doivent de respecter les tribunaux de droit commun. En l'espèce, l'arbitre Ménard a conclu que la résiliation de l'ensemble des contrats de travail constituait, eu égard au contexte, une modification des conditions de travail au sens de l'art. 59. À la lumière des faits et du droit applicable, cette décision m'apparaît raisonnable et, pour cette raison, non révisable.

(1) La norme de contrôle : la décision raisonnable

[85] Depuis 1944, écrit le professeur Trudeau, l'arbitrage de griefs « s'est graduellement imposé comme le mode unique, obligatoire et final de règlement des litiges découlant de l'interprétation et de l'application des conventions collectives » : G. Trudeau, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » (2005), 84 *R. du B. can.* 249, p. 249. Consciente de l'importance systémique qu'accordent les législatures canadiennes à cette méthode expéditive, efficace et spécialisée de règlement des différends, notre Cour a toujours fait preuve d'une grande déférence envers les décisions prises par les arbitres, lorsqu'ils agissent dans les limites de leur compétence (*Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 488; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 721; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, p. 251; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, 2001 CSC 47, [2001]

Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at paras. 16 *et seq.*; *Alberta Union of Provincial Employees*, at para. 41; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; Morin and Blouin, at p. 635).

[86] In Quebec, the courts have assumed this same attitude of deference when ruling on the legality of arbitration awards under what is now s. 59 of the *Code* (*Olymel, s.e.c. v. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) v. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452 (C.A.); *Automobiles Canbec inc.*; *Guilde des musiciens du Québec v. Syndicat des salarié(e)s de la Guilde des musiciens du Québec (C.S.D.)*, 2001 CanLII 38640 (Que. C.A.); *Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu*, at p. 25; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 v. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022 (Sup. Ct.); *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. v. Turcotte*, [1998] AZ-98029150 (Sup. Ct.)). In view of the criteria developed by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, it seems to me that this judicial deference should continue to apply.

[87] On the one hand, as I mentioned above, the Quebec legislature saw fit in 1977 to extend the jurisdiction of arbitrators by requiring that any disagreement relating to the maintenance of conditions of employment provided for in s. 59 be referred to arbitration as if it were a grievance (s. 100.10 of the *Code*; *Consolidated-Bathurst Inc. v. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520 (C.A.)). While thus displaying a [TRANSLATION] "concern to avoid a multiplication of forums for deciding questions that are alike" (Morin *et al.*, at p. 1304), the legislature at the same time considered that this was the best way to protect a union's initiative at this crucial stage of negotiation of a first collective agreement. As Arbitrator Tremblay put it in *Sobey's inc., N° 650*, at p. 725,

2 R.C.S. 565, par. 32; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 16 et suiv.; *Alberta Union of Provincial Employees*, par. 41; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; Morin et Blouin, p. 635).

[86] Au Québec, cette attitude de retenue a été respectée par les tribunaux appelés à statuer sur la légalité de sentences arbitrales rendues en vertu de ce qui est aujourd'hui l'art. 59 du *Code* (*Olymel, s.e.c. c. Syndicat des travailleurs d'Olympia (CSN)*, 2007 QCCA 865 (CanLII); *Syndicat des employés de Daily Freight (CSN) c. Imbeau*, [2003] R.J.Q. 452 (C.A.); *Automobiles Canbec inc.*; *Guilde des musiciens du Québec c. Syndicat des salarié(e)s de la Guilde des musiciens du Québec (C.S.D.)*, 2001 CanLII 38640 (C.A. Qué.); *Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu*, p. 25; *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Haut St-Maurice*; *Syndicat canadien de la Fonction publique, Section locale 3666 c. Desnoyers*, [1996] AZ-96029022 (C.S.); *S.E.D.A.C. Laboratoires inc. c. Turcotte*, [1998] AZ-98029150 (C.S.)). Au regard des critères développés par notre Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, cette retenue judiciaire me semble devoir continuer à s'appliquer.

[87] D'une part, comme je l'ai souligné précédemment, en 1977 le législateur québécois a cru bon d'étendre la compétence de l'arbitre en assimilant à un arbitrage de griefs le processus de règlement des mésententes relatives au maintien des conditions de travail prévu à l'art. 59 (art. 100.10 du *Code*; *Consolidated-Bathurst Inc. c. Syndicat national des travailleurs des pâtes et papiers de Port-Alfred*, [1987] R.J.Q. 520 (C.A.)). Tout en manifestant ainsi un « souci d'éviter la multiplication des forums pour trancher des questions de même nature » (Morin et autres, p. 1304), le législateur a par ailleurs jugé que cette solution permettait de mieux protéger l'initiative syndicale à l'étape cruciale que constitue la négociation d'une première convention collective. Pour reprendre les mots de l'arbitre Tremblay dans *Sobey's inc., N° 650*, p. 725 :

[TRANSLATION] [The legislature] knew very well that there is no collective agreement during the pre-certification period. It nonetheless wished to protect the employees' conditions of employment during that period by, first, having any complaint with respect to them dealt with as if it were a grievance and, second, providing that such complaints can be submitted to arbitration.

[88] On the other hand, by granting sole jurisdiction over such grievances to arbitrators, the National Assembly recognized their expert knowledge and the fact that they are specialists in such matters (*Consolidated-Bathurst Inc.*; *Automobiles Canbec inc.* (*per* Otis J.A., at pp. 43-44); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450*; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) v. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII)).

[89] To this I should add the fact that the legislature has, in ss. 139, 139.1 and 140 of the *Code*, enacted what Arbour J. described as "general full privative clauses" (*Ivanhoe inc.*, at para. 25). It cannot therefore be doubted that the Quebec legislature intended to give the grievance arbitrator full latitude to rule on an alleged violation of the right provided for in s. 59. As a result, deference is in order, and judicial review will be available only if the award was unreasonable.

(2) Arbitrator Ménard's Award Was Reasonable

[90] In the case at bar, there is no support for a finding that Arbitrator Ménard's award was unreasonable. On the contrary, in light of the principles I have been discussing, the award seems to be perfectly consistent with the words and the purposes of s. 59, and with the meaning and the scope the Quebec legislature intended to give that section. It is therefore clearly one of the "possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law", *Dunsmuir*, at para. 47.

[91] Moreover, turning to the arbitrator's analysis, I would note at the outset that in determining

[Le législateur] savait fort bien [. . .] qu'il n'existait pas de convention collective pendant la période précédant l'accréditation. Il a voulu néanmoins protéger pendant cette période les conditions de travail des salariés, d'une part en assimilant toute plainte relative à celles-ci à un grief et en prévoyant d'autre part que ces dernières peuvent être soumises à l'arbitrage.

[88] D'autre part, en attribuant compétence exclusive aux arbitres sur ce type de griefs, l'Assemblée nationale reconnaissait leur champ d'expertise et leur spécialisation en la matière (*Consolidated-Bathurst Inc.*; *Automobiles Canbec inc.* (la juge Otis, p. 43-44); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 1450*; *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'U.Q.A.C. (CSN) c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec à Chicoutimi*, 2005 QCCRT 364 (CanLII)).

[89] S'ajoute à ces constats le fait que le *Code* édicte, aux art. 139, 139.1 et 140, ce que la juge Arbour a qualifié de « clauses privatives générales intégrales » (*Ivanhoe inc.*, par. 25). L'on ne saurait alors mettre en doute la volonté du législateur québécois de laisser à l'arbitre de griefs la latitude nécessaire pour statuer sur une allégation de violation du droit que proclame l'art. 59. Dans ce contexte, la déférence s'impose, et seule une décision déraisonnable permettra une révision judiciaire.

(2) La sentence de l'arbitre Ménard est raisonnable

[90] En l'espèce, rien ne permet de conclure que la décision de l'arbitre Ménard est déraisonnable. Au contraire, à la lumière des principes que je viens d'exposer, elle apparaît tout à fait conforme au texte et aux objectifs de l'art. 59, de même qu'au sens et à la portée qu'a bien voulu lui donner le législateur québécois. En tant que telle, elle s'inscrit clairement parmi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », *Dunsmuir*, par. 47.

[91] De plus, en passant à l'étude de son raisonnement, je note d'entrée de jeu qu'en situant le

that the case concerned a change in the employees' conditions of employment rather than the legality of the closure, he correctly identified the subject matter of the litigation (paras. 14-17). In addition to stressing the distinction between the subject of the change and its raison d'être that flows from the interpretation given to s. 59 by judges and commentators, this premise enabled him to find, quite rightly, that s. 59 did not preclude the employer from closing its business (paras. 20 and 26).

[92] This led the arbitrator to review the whole of the dispute in light of relevant principles drawn from the legislation itself, as well as from the case law and the academic literature (paras. 18-24). After stating that s. 59 [TRANSLATION] "is intended to protect the right to form a union and negotiate a collective agreement" (para. 18), he correctly identified the facts the Union must prove in order to succeed (para. 19). Then, discussing the only one of these facts that was at issue in this case, he found on the evidence that the Union had established that the "collective layoffs" constituted a change in conditions of employment (para. 25). From this perspective, the quoted passages from the case law and the summary of the evidence set out at the start of the award suggest that he saw continuation of the employment relationship to be the condition of employment that had been changed by the employer.

[93] Regarding the reason given to justify this change, Arbitrator Ménard held that the closure of the establishment did not suffice to explain the layoffs (para. 26). Since that was the only argument the employer had advanced, he found that the employer had failed to justify its decision and that the change was accordingly contrary to s. 59 (paras. 25 and 27-29).

[94] On this point, I note that the arbitrator was right to maintain that invoking the closure (or the right to close its business) did not on its own suffice to justify the change for the purposes of s. 59 (para. 26). As I mentioned above, an arbitrator who hears a complaint based on that section cannot merely find that the employer has the power to manage its business and, in so doing, to close it. The

débat sur le terrain de la modification des conditions de travail plutôt que sur celui de la légalité de la fermeture, l'arbitre a correctement identifié l'objet du litige (par. 14-17). En plus de souligner la distinction qui ressort de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'art. 59 entre l'objet de la modification et sa raison d'être, cette prémisse lui a permis de rappeler, à bon droit, que cette disposition n'a pas empêché l'employeur de fermer son entreprise (par. 20 et 26).

[92] Fort de ce constat, l'arbitre a par ailleurs analysé l'ensemble du litige à la lumière des concepts législatifs, prétoriens et doctrinaux pertinents (par. 18-24). Ainsi, après avoir affirmé que l'art. 59 « a pour objet de protéger le droit à la syndicalisation et à la négociation de conventions collectives » (par. 18), il dégage correctement les éléments que le Syndicat doit démontrer pour avoir gain de cause (par. 19). Puis, discutant du seul élément litigieux en l'espèce, il conclut, au regard de la preuve, que le Syndicat a établi que les « mises à pied collectives » constituent une modification des conditions de travail (par. 25). Dans ce contexte, les extraits jurisprudentiels cités et les éléments de preuve résumés au début de la décision indiquent qu'il considère le maintien du lien d'emploi comme faisant l'objet de la condition de travail modifiée par l'employeur.

[93] Quant au motif invoqué pour justifier cette modification, l'arbitre Ménard décide que la fermeture de l'établissement ne suffit pas pour expliquer les mises à pied (par. 26). Or, comme cet argument était le seul avancé par l'employeur, il constate que ce dernier n'est pas en mesure de justifier sa décision. En conséquence, la modification est contraire à l'art. 59 (par. 25 et 27-29).

[94] Sur ce point, je signale que l'arbitre a raison de soutenir que le simple fait d'invoquer la fermeture (voire le droit de fermer son entreprise) n'est pas suffisant pour justifier la modification au sens de l'art. 59 (par. 26). Comme je l'ai souligné plus haut, l'arbitre saisi d'une plainte fondée sur cet article ne peut se borner à constater que l'employeur possède le pouvoir de gérer son entreprise et, par

arbitrator must also be satisfied that the employer would have closed the business even if the petition for certification had not been filed. Given the absence of evidence to that effect, however, it was reasonable to find that the closure did not flow from a normal management practice.

[95] In discussing the "business as usual" rule and its application in this case, Arbitrator Ménard did not place an inappropriate burden of proof on the employer. In fact, it is clear from his review of the Union's evidence that the Union had shown that the store's situation did not suggest it would be closed. For example, Mr. Ménard stated early in his reasons that he was adopting the following [TRANSLATION] "additional evidence":

> [TRANSLATION] [T]he Employer at no time told anyone that it intended to go out of business or that it was experiencing financial difficulties. On the contrary, it indicated that, from a perspective of five (5) years, the store was performing very well and that its objectives were being met. [para. 2]

He then quoted a passage from the testimony of Gaétan Plourde in which Mr. Plourde revealed that the establishment's manager had indicated to him that bonuses would be paid for 2003 (para. 2).

[96] In this context, it must be understood that the arbitrator's statement that the employer had not shown the closure to have been made in the ordinary course of the company's business was grounded in his view that the Union had *already* presented sufficient evidence to satisfy him that the change was not consistent with the employer's past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances. It was in fact reasonable to find that a reasonable employer would not close an establishment that "was performing very well" and whose "objectives were being met" to such an extent that bonuses were being promised.

[97] Given that his award was based on this objective finding, the arbitrator neither created a legal

le fait même, de la fermer. Il doit au surplus être convaincu que ce dernier aurait procédé à cette fermeture même en l'absence de la requête en accréditation. Or, en l'absence de preuve à cet effet, il était raisonnable de conclure que la fermeture ne résultait pas d'une pratique habituelle de gestion.

[95] Dans ses commentaires sur la règle des « pratiques habituelles de gestion » et sur son application en l'espèce, l'arbitre Ménard n'a pas imposé à l'employeur un fardeau de preuve inapproprié. En effet, à l'examen de la décision, il ressort clairement de son analyse de la preuve présentée par le Syndicat que celui-ci avait démontré que le magasin n'était pas dans une situation laissant présager sa fermeture. À titre d'exemple, au tout début de ses motifs, Me Ménard indique qu'il retient notamment ce qui suit de « compléments de preuve » :

> [L]'employeur n'a jamais révélé à quiconque qu'il entendait cesser ses activités ou encore qu'il rencontrait des difficultés financières. Au contraire, il laissait savoir que, dans une perspective de cinq (5) ans, le magasin évoluait très bien et que les objectifs étaient rencontrés. [par. 2]

Un peu plus loin, il cite un extrait du témoignage de Gaétan Plourde, dans lequel ce dernier révèle que le directeur de l'établissement lui avait laissé entendre que des bonis seraient versés pour l'année 2003 (par. 2).

[96] Dans ce contexte, on comprend que, lorsqu'il affirme que l'employeur n'a pas démontré que la fermeture s'inscrivait dans le cours normal des affaires de l'entreprise, il retient que le Syndicat a *déjà* présenté suffisamment d'éléments de preuve pour le convaincre que la modification n'était pas conforme aux pratiques antérieures de gestion de l'employeur ou à celles d'un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En effet, on peut raisonnablement conclure que cet employeur raisonnable n'aurait pas fermé les portes d'un établissement qui « évoluait très bien » et où « les objectifs étaient rencontrés », à tel point que des bonis étaient promis.

[97] Partant de ce constat objectif, l'arbitre n'a ni créé de présomption légale ni inversé le fardeau

presumption nor reversed the onus. All he did was draw inferences of fact from the evidence that had been established before him, which he was free to do under the *Civil Code* and the *Labour Code*. These inferences, which Wal-Mart did not challenge, led Arbitrator Ménard to hold that the resiliation of the contracts of employment and, therefore, the change in the conditions of employment of all the establishment's employees violated s. 59. I find this conclusion reasonable in light of the facts and the law. In these circumstances, the Court of Appeal should have dismissed the appeal and affirmed the Superior Court's judgment dismissing Wal-Mart's application for judicial review.

V. Conclusion

[98] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the Superior Court's judgment dismissing the application for judicial review of Arbitrator Ménard's award. I would remand the case to Arbitrator Ménard to determine the appropriate remedy in accordance with the disposition of his award. I would award costs throughout to the appellant.

The following are the reasons delivered by

Rothstein and Wagner JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[99] This is the latest in a seemingly interminable series of cases in this Court and the courts in Quebec arising from the closure of the Wal-Mart store in Jonquière, Quebec over nine years ago. As in the other litigation, the question is whether the unfair labour practice provisions of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 ("*Code*"), ss. 12 to 14, should be the basis of the union's complaint, rather than other provisions of the *Code*. In this appeal the union resorts to s. 59, which provides for a temporary prohibition on employers changing the conditions of employment, to argue that the Jonquière store closure and resultant employee termination are impermissible in the absence of justification. In doing so, the union attempts to side-step the requirement

de preuve. Il a tout simplement tiré des inférences de faits des éléments de preuve déjà établis devant lui, ce que lui permettent le *Code civil* et le *Code du travail*. Ces inférences, que Wal-Mart n'a pas contestées, ont amené l'arbitre Ménard à conclure que la résiliation des contrats de travail, et donc la modification des conditions de travail de l'ensemble des employés de l'établissement, contrevenait à l'art. 59. À la lumière des faits et du droit, cette conclusion m'apparaît raisonnable. Dans ces circonstances, la Cour d'appel aurait dû rejeter le pourvoi et confirmer le jugement de la Cour supérieure qui rejetait la demande de contrôle judiciaire de Wal-Mart.

V. Conclusion

[98] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, je casserais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre Ménard. Je renverrais le dossier à ce dernier pour qu'il détermine la réparation appropriée conformément au dispositif de sa sentence. J'accorderais les dépens à l'appelante devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

Les juges Rothstein et Wagner (dissidents) —

I. Introduction

[99] Le présent pourvoi représente le plus récent chapitre d'une série apparemment interminable de procédures devant la Cour et les tribunaux du Québec découlant de la fermeture, il y a plus de neuf ans, du magasin Wal-Mart de Jonquière au Québec. Comme ce fut le cas dans les autres instances, la question consiste à se demander si la plainte du syndicat doit reposer sur les dispositions relatives aux pratiques déloyales de travail figurant dans le *Code du travail*, RLRQ, ch. C-27 (le « *Code* ») — c'est-à-dire les art. 12 à 14 —, plutôt que sur d'autres dispositions du *Code*. En l'espèce, le syndicat se rabat maintenant sur l'art. 59, lequel interdit temporairement aux employeurs de modifier les conditions de travail, et il plaide que la

of proving that the store closure was motivated by anti-union animus.

[100] The union appeals a decision rendered by the Quebec Court of Appeal on May 11, 2012. The Court of Appeal allowed the appeal brought by Wal-Mart from a judgment rendered by the Quebec Superior Court on judicial review on October 6, 2010. That judgment upheld an arbitration award made on September 18, 2009, which found that the employee dismissals on April 29, 2005 were unlawful.

[101] Section 59 of the *Code* provides:

59. From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

The same rule applies on the expiration of the collective agreement until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

The parties may stipulate in a collective agreement that the conditions of employment contained therein shall continue to apply until a new agreement is signed.

[102] The union argues that s. 59 of the *Code* is applicable in the case of a business closure and does not require that there be an ongoing business. According to the union, the continuation of the employment relationship is a condition of employment for the purposes of s. 59 of the *Code*. The closure of the Jonquière Wal-Mart store was thus a change in the conditions of employment that must be justified by Wal-Mart. Wal-Mart did not provide such justification. The union also submits that the arbitrator is not limited to restoring the *status quo ante* under s. 59 of the *Code* and that s. 100.12 empowers the arbitrator to award damages.

fermeture du magasin de Jonquière et les congédiements qui en ont résulté étaient interdits en l'absence de justification. Ce faisant, le syndicat tente d'éluder l'obligation de prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisyndicalisme.

[100] Le syndicat se pourvoit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec daté du 11 mai 2012, qui a accueilli l'appel formé par Wal-Mart contre un jugement rendu le 6 octobre 2010 par la Cour supérieure du Québec à l'issue d'un contrôle judiciaire. Dans ce jugement, la Cour supérieure a confirmé une sentence arbitrale dans laquelle l'arbitre avait conclu, le 18 septembre 2009, à l'illégalité du congédiement des salariés le 29 avril 2005.

[101] L'article 59 du *Code* est rédigé ainsi :

59. À compter du dépôt d'une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l'association accréditée.

Il en est de même à compter de l'expiration de la convention collective et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

Les parties peuvent prévoir dans une convention collective que les conditions de travail contenues dans cette dernière vont continuer de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention.

[102] Le syndicat prétend que l'art. 59 du *Code* s'applique en cas de fermeture d'entreprise et que l'application de cette disposition n'exige pas qu'il y ait une entreprise active. Selon lui, le maintien de la relation d'emploi est une condition de travail visée à l'art. 59 du *Code*. La fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière constituait donc une modification des conditions de travail que Wal-Mart était tenue de justifier. Or Wal-Mart n'a pas fourni de justification. Le syndicat ajoute que le pouvoir de l'arbitre ne se limite pas à rétablir la situation antérieure en application de l'art. 59 du *Code* et que l'art. 100.12 autorise celui-ci à accorder des dommages-intérêts.

[103] For the reasons that follow, we are of the opinion that the appeal is without foundation. Section 59 of the *Code* does not apply in the business closure context. As this Court stated in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, the recourse available in such circumstances lies under ss. 12 to 14 of the *Code*. To say that s. 59 of the *Code* applies here would deny the employer the right to close its business and would be inconsistent with the purpose of s. 59.

[103] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le pourvoi est dénué de fondement. L'article 59 du *Code* ne s'applique pas en contexte de fermeture d'entreprise. Comme l'a déclaré notre Cour dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, le recours qui peut être exercé dans une telle situation est prévu aux art. 12 à 14 du *Code*. Affirmer que l'art. 59 du *Code* s'applique en l'espèce reviendrait à priver l'employeur du droit de fermer son entreprise et serait incompatible avec l'objet de l'art. 59.

II. Background

[104] The facts of the case are well known to this Court. As in *Plourde* and *Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 55, [2009] 3 S.C.R. 540, this appeal has its roots in the decision of Wal-Mart to close its Jonquière store on May 6, 2005.

[105] On August 2, 2004, the Commission des relations du travail ("CRT") certified the union to represent employees of the Wal-Mart store in Jonquière. Between October 26, 2004 and February 1, 2005, the union and Wal-Mart held nine bargaining sessions but were unable to conclude a collective agreement. On February 2, 2005, the union applied to the Minister of Labour for the appointment of an arbitrator to determine the content of the first collective agreement. On February 9, 2005, the Minister of Labour referred the dispute to arbitration and notified the parties that he had done so. That same day, Wal-Mart announced that it would close its Jonquière establishment for business reasons, effective May 6, 2005. It informed employees that they would receive severance pay in an amount equal to two weeks of work per year of service. On April 29, 2005, Wal-Mart informed its employees that the store would, in fact, close that day, and collectively dismissed its 192 employees.

[106] Wal-Mart employees initiated a series of proceedings related to the closure of the Jonquière store. In 2009, this Court addressed a proceeding brought by Gaétan Plourde under ss. 15 to 17 of

II. Faits

[104] La Cour connaît bien les faits de l'espèce. À l'instar des affaires *Plourde* et *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55, [2009] 3 R.C.S. 540, le présent pourvoi a pour origine la décision de Wal-Mart de fermer son magasin de Jonquière le 6 mai 2005.

[105] Le 2 août 2004, la Commission des relations du travail (« CRT ») a accrédité le syndicat pour représenter les employés du magasin Wal-Mart de Jonquière. Entre le 26 octobre 2004 et le 1er février 2005, le syndicat et Wal-Mart ont tenu neuf séances de négociation, mais ils ont été incapables de conclure une convention collective. Le 2 février 2005, le syndicat a demandé au ministre du Travail de nommer un arbitre afin que celui-ci détermine le contenu de la première convention collective. Le 9 février 2005, le ministre du Travail a renvoyé le différend à l'arbitrage et en a avisé les parties. Le même jour, Wal-Mart a annoncé qu'elle fermerait son établissement de Jonquière pour des raisons d'affaires et que cette décision prendrait effet le 6 mai 2005. Wal-Mart a informé les employés qu'ils recevraient une indemnité de départ d'un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Le 29 avril 2005, Wal-Mart a informé ses employés qu'en fait le magasin fermait ses portes le jour même et a congédié collectivement ses 192 employés.

[106] Les employés de Wal-Mart ont introduit une série d'instances en lien avec la fermeture du magasin de Jonquière. En 2009, la Cour s'est prononcée sur la procédure intentée par Gaétan

the *Code*. Mr. Plourde sought to rely on the presumption of anti-union animus in s. 17, since he had engaged in numerous union activities that were concomitant with the termination of his employment. Binnie J., writing for the majority, noted that "[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code" (at para. 4) and dismissed the appeal. Sections 12 to 14 of the *Code* were, in fact, invoked in *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), but that proceeding was ultimately discontinued by the applicants on or about December 5, 2007. And, in *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, a former employee sought authorization to institute a class action, alleging that Wal-Mart's decision to close the Jonquière store violated the employees' freedom of association. The Quebec Court of Appeal found that the dispute was within the CRT's exclusive jurisdiction and dismissed the motion.

Plourde en vertu des art. 15 à 17 du *Code*. Monsieur Plourde y invoquait la présomption d'antisyndicalisme de l'art. 17, parce qu'il avait exercé de nombreuses activités syndicales en concomitance avec la cessation de son emploi. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Binnie a souligné que « [l]e recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code » (par. 4) et a rejeté le pourvoi. Les articles 12 à 14 du *Code* avaient en fait été invoqués dans *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225 (CanLII); 2005 QCCRT 269 (CanLII), mais cette affaire s'est terminée par un désistement des demandeurs vers le 5 décembre 2007. De plus, dans *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, un ancien employé avait demandé l'autorisation d'exercer un recours collectif, affirmant que la décision de Wal-Mart de fermer le magasin de Jonquière portait atteinte à la liberté d'association des employés. La Cour d'appel du Québec a toutefois conclu que le litige relevait de la compétence exclusive de la CRT et a rejeté la requête.

III. Judicial History

[107] In this case, the union filed a grievance under s. 59 of the *Code* on March 23, 2005. The union argued that Wal-Mart had changed the conditions of employment by closing the Jonquière store. The grievance alleged, *inter alia*, that the employer had [TRANSLATION] "encouraged, fomented and fostered" rumours that the Saint-Hyacinthe and Brossard stores would close and that the employer was seeking to change the conditions of employment for anti-union reasons. The conditions of employment were described in the grievance as consisting of the right to associate, the right to bargain collectively, and the right to secure a collective agreement.

[108] On August 30, 2006, arbitrator Jean-Guy Ménard declined jurisdiction in favour of the CRT. He found that the true subject matter of the complaint was [TRANSLATION] "the violation of rights established in the *Labour Code* through tactics that were considered to be unlawful" and was therefore within the CRT's exclusive jurisdiction ([2006] R.J.D.T. 1665, at para. 21).

III. Historique judiciaire

[107] En l'espèce, le 23 mars 2005, le syndicat a déposé en vertu de l'art. 59 du *Code* un grief reprochant à Wal-Mart d'avoir modifié les conditions de travail des salariés en fermant le magasin de Jonquière. Dans ce grief, le syndicat alléguait notamment que l'employeur avait « encouragé, fomenté, favorisé » les rumeurs selon lesquelles les magasins de Saint-Hyacinthe et de Brossard fermeraient leurs portes, et que Wal-Mart cherchait à modifier les conditions de travail pour des raisons antisyndicales. Les conditions de travail décrites dans le grief étaient le droit de s'associer, le droit de négocier collectivement et le droit d'obtenir une convention collective.

[108] Le 30 août 2006, l'arbitre Jean-Guy Ménard a décliné compétence en faveur de la CRT. Il a conclu que la plainte avait pour véritable objet « l'atteinte de droits consacrés au *Code du travail* par des manœuvres qu'on estimait illégitimes » et que, pour cette raison, elle relevait de la compétence exclusive de la CRT ([2006] R.J.D.T. 1665, par. 21).

[109] On November 1, 2007, the Superior Court set aside Mr. Ménard's decision because [TRANSLATION] "in the instant case, in the absence of evidence, one could not find on the basis of the words of the grievance that the arbitrator lacked jurisdiction without hiding behind strict formalism, as the respondent arbitrator did" (2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, at para. 44). The Superior Court remitted the matter to Mr. Ménard and asked him to reserve his decision on the preliminary objection and address it at the same time as the merits.

[110] On September 18, 2009, the arbitrator allowed the union's grievance. Finding that the grievance concerned the dismissals and not the closure of the store, he held that the dismissals constituted a change in the conditions of employment. The arbitrator acknowledged that employers in Quebec have the right, *a priori*, to close up shop. However, where this causes a change in the conditions of employment under s. 59 of the *Code*, the employer must prove that the change was made in the ordinary course of business. Wal-Mart failed to show that the dismissal of employees was "business as usual" ([2009] R.J.D.T. 1439, at para. 20).

[111] On October 6, 2010, the Quebec Superior Court, *per* Moulin J., dismissed Wal-Mart's application for judicial review (2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118). Contrary to Wal-Mart's submissions, the Superior Court found that the arbitrator did not apply a presumption that dismissals during the s. 59 freeze period are illegal. Rather, the arbitrator only used the word "presumption" to indicate that, after his preliminary finding of fact that the employer changed a condition of employment, the change was presumed to contravene s. 59 of the *Code* unless the employer successfully invoked the "business as usual" defence.

[112] Moulin J. held that the dismissal of an employee may constitute a change in the conditions of employment. It was therefore reasonable for the

[109] Le 1er novembre 2007, la Cour supérieure a annulé la décision de Me Ménard, au motif que, « en l'espèce, le libellé du grief, en l'absence de preuve, ne permettait aucunement de conclure à l'absence de compétence de l'arbitre » (2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, par. 44). La Cour supérieure a renvoyé l'affaire à Me Ménard et lui a demandé de réserver sa décision sur l'objection préliminaire et de statuer sur celle-ci en même temps que sur la question de fond.

[110] Le 18 septembre 2009, l'arbitre a accueilli le grief du syndicat. Concluant que le grief concernait les congédiements et non la fermeture du magasin, il a statué que ceux-ci constituaient une modification des conditions de travail. L'arbitre a reconnu que les employeurs au Québec possèdent, a priori, le droit de fermer boutique. Toutefois, dans les cas où cela amène une modification des conditions de travail visée par l'art. 59 du *Code*, l'employeur doit prouver que la modification a été apportée dans le cours normal de ses affaires. Wal-Mart n'a pas fait la preuve que le congédiement des salariés s'inscrivait dans le « cours normal des affaires » (« *business as usual* ») ([2009] R.J.D.T. 1439, par. 20).

[111] Le 6 octobre 2010, le juge Moulin de la Cour supérieure du Québec a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Wal-Mart (2010 QCCS 4743, [2010] R.J.D.T. 1118). Contrairement à ce que prétendait Wal-Mart, la Cour supérieure a conclu que l'arbitre n'avait pas appliqué de présomption d'illégalité des congédiements survenant pendant la période de gel prescrite par l'art. 59. Au contraire, l'arbitre aurait selon elle uniquement employé le mot « présomption » pour indiquer que, par suite de sa conclusion de fait préliminaire selon laquelle l'employeur avait modifié une condition de travail, cette modification était présumée contrevenir à l'art. 59 du *Code* à moins que l'employeur n'invoque avec succès le moyen de défense relatif au « cours normal des affaires ».

[112] Le juge Moulin a statué que le congédiement d'un employé peut constituer une modification des conditions de travail. La conclusion de

arbitrator to find that termination of *all* employees in the context of a business closure was a change in conditions of employment under s. 59 of the *Code*. And, since Wal-Mart had merely argued that this change was implemented for business reasons, it was not unreasonable to conclude that Wal-Mart did not successfully demonstrate that the store closure was part of the ordinary course of business.

l'arbitre selon laquelle le congédiement de *tous* les salariés dans un contexte de fermeture d'entreprise constituait une modification des conditions de travail visée à l'art. 59 du *Code* était par conséquent raisonnable. De plus, comme Wal-Mart s'était contentée de plaider que cette modification avait été mise en œuvre pour des raisons d'affaires, il n'était pas déraisonnable de conclure que l'entreprise n'avait pas réussi à démontrer que la fermeture du magasin s'inscrivait dans le cours normal de ses affaires.

[113] On May 11, 2012, the Quebec Court of Appeal set aside the judgment of the Superior Court (2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978). Like Mr. Ménard in his first arbitration award, Vézina J.A. (with Gagnon J.A.) found that the true nature of the dispute related to ss. 12 to 14 of the *Code*. He assessed whether it was nevertheless possible to equate the complete and permanent closure of a business with a change in conditions of employment. In this regard, he stated that it [TRANSLATION] "is not a change, but a termination of employment. The operation of the business does not change; it ceases" (para. 117). The permanent closure of an establishment "falls outside" the concept of a condition of employment (para. 118). Vézina J.A. also found that it is impossible to restore the *status quo ante* in a store closure situation because this would amount to forcing the employer to continue operating its business, which would be inconsistent with the well-established principle in Quebec law that an employer has the right to close its business.

[113] Le 11 mai 2012, la Cour d'appel du Québec a annulé le jugement de la Cour supérieure (2012 QCCA 903, [2012] R.J.Q. 978). Tout comme l'avait fait Me Ménard dans sa première sentence arbitrale, le juge Vézina (avec l'appui du juge Gagnon) a conclu que, de par sa nature véritable, le litige relève des art. 12 à 14 du *Code*. Il s'est demandé s'il était néanmoins possible d'assimiler la fermeture complète et définitive d'une entreprise à une modification des conditions de travail. À cet égard, il a affirmé qu'il « ne s'agit pas d'une modification, mais d'une suppression du travail. L'exploitation de l'entreprise ne change pas, elle disparaît » (par. 117). La fermeture définitive d'un établissement « se situe au-delà » de la notion de conditions de travail (par. 118). Le juge Vézina a également statué qu'il était impossible de rétablir la situation antérieure en cas de fermeture d'un magasin, car cela reviendrait à forcer l'employeur à continuer à exploiter son entreprise, ce qui serait contraire au principe bien établi en droit québécois selon lequel l'employeur a le droit de fermer son entreprise.

[114] In concurring reasons, Léger J.A. found that it was unreasonable to view the dismissals as justified by a business closure on the one hand and to consider the termination of the employment relationship to be a change in conditions of employment on the other. The arbitrator's analysis was unreasonable, since it shifted the debate from justification for the dismissals to the cause of the store closure. Léger J.A. also found that the arbitrator's decision was inconsistent with the employer's continued right, during the s. 59 freeze on conditions of employment, to manage the business. In short,

[114] Dans ses motifs concordants, le juge Léger a conclu qu'il était déraisonnable de considérer, d'une part, qu'une fermeture d'entreprise justifie des congédiements, mais d'autre part que la cessation de la relation d'emploi constitue une modification des conditions de travail. L'analyse de l'arbitre était à son avis déraisonnable, puisqu'elle déplaçait le débat, le faisant porter non plus sur la justification des congédiements mais sur les causes de la fermeture du magasin. Le juge Léger a par ailleurs estimé que la décision de l'arbitre était incompatible avec le droit que conserve l'employeur, pendant le gel

Mr. Ménard's decision denied the employer the right to close its business and gave the employees a right to employment stability that they had not previously enjoyed.

IV. Issues

[115] This Court must determine whether s. 59 of the *Code* applies in situations involving the complete and permanent closure of a business. If so, it will be necessary to determine whether the closure of Wal-Mart's Jonquière store constitutes a change in conditions of employment contrary to s. 59 of the *Code*.

V. Statutory Provisions

[116] The relevant statutory provisions are contained in Appendix.

VI. Analysis

A. *Section 59 of the Code — Legislative History and Purpose: Not to Prevent Closure of a Business*

[117] The provision that later became s. 59 of the *Code* was initially located in the forbidden practices section of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A. However, in 1964, it was moved to the chapter entitled "Collective Agreements" in the new *Code*, which was enacted to consolidate seven employment law statutes and to thus provide a more coherent legislative framework (F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at p. 939). Section 59 provides for a temporary "freeze" that prevents employers from changing the conditions of employment from the time of the filing of a petition for certification or the expiration of a collective agreement, until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

[118] The purpose of s. 59 is to maintain [TRANSLATION] "the fragile equilibrium existing between the parties at this stage of nascency of the

des conditions de travail prescrit par l'art. 59, de gérer son entreprise. En somme, la décision de Me Ménard avait pour effet de priver l'employeur de son droit de fermer son entreprise et de conférer aux employés un droit à la stabilité d'emploi dont ils ne jouissaient pas auparavant.

IV. Questions en litige

[115] Notre Cour doit décider si l'art. 59 du *Code* s'applique dans les situations où il y a fermeture complète et définitive d'une entreprise. Dans l'affirmative, il faudra déterminer si la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière constitue une modification des conditions de travail prohibée par l'art. 59 du *Code*.

V. Dispositions législatives

[116] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l'annexe.

VI. Analyse

A. *L'article 59 du Code — historique et objet de la loi : empêcher la fermeture d'une entreprise n'est pas l'objectif visé*

[117] La disposition qui allait devenir l'art. 59 du *Code* se trouvait à l'origine dans la partie de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, qui portait sur les pratiques interdites. Toutefois, en 1964, la disposition s'est retrouvée dans le chapitre « De la convention collective » du nouveau *Code*, qui a été édicté pour fusionner sept lois du travail et ainsi fournir un cadre législatif plus cohérent (F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4e éd. 2010), p. 939). L'article 59 prescrit un « gel » temporaire des conditions de travail qui empêche les employeurs de les modifier à compter du dépôt d'une requête en accréditation ou de l'expiration de la convention collective, tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

[118] L'article 59 a pour objet de maintenir « l'équilibre fragile existant entre les parties à cette étape embryonnaire de l'élaboration des rapports

collective labour relations process" (*Automobiles Canbec inc. v. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (Que. C.A.), Otis J.A., at p. 37; see also F. Morin and R. Blouin, with the collaboration of J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at p. 200). The maintenance of the *status quo* is designed to facilitate the negotiation of a collective agreement: see *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) v. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), at p. 6.

[119] However, there is nothing to suggest that s. 59 of the *Code* was designed to prevent an employer from closing its business. Before the Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail chaired by Judge René Beaudry of the Provincial Court, for instance, some unions requested that stricter standards be adopted for business closure situations, including a [TRANSLATION] "stringent procedure for justifying closures" (*Le travail: une responsabilité collective: Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail* (1985), at p. 85). However, the final report made no recommendation in that direction. And, in connection with the 2001 amendments to the *Code*, the then Minister of Labour, Jean Rochon, stated:

> [TRANSLATION] If there was an action — an unfair practice — that involved shutting down a business solely to, as they say, bust a union, there may be other measures — under the penal code or otherwise — to take, but it is not the Commission, under the Code, that would be able to step in to prevent the business from closing.

(National Assembly, *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, No. 22, 2nd Sess., 36th Leg., May 29, 2001, at p. 47)

B. *Section 59 of the Code Does Not Apply*

[120] Wal-Mart contends that s. 59 of the *Code* does not apply in cases, as here, where there is a genuine and definitive closure of a business. For the reasons that follow, we agree.

collectifs de travail » (*Automobiles Canbec inc. c. Hamelin*, 1998 CanLII 12602 (C.A. Qué.), la juge Otis, p. 37; voir aussi F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6e éd. 2012), p. 200). Le maintien du statu quo a pour but de faciliter la négociation de la convention collective : voir *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces & ouvriers de diverses industries (Teamsters, Local 1999) c. Quality Goods I.M.D. Inc.*, [1990] AZ-90141179 (T.A.), p. 6.

[119] Toutefois, rien ne tend à indiquer que l'art. 59 du *Code* vise à empêcher un employeur de fermer son entreprise. À titre d'exemple, devant la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail présidée par le juge René Beaudry de la Cour provinciale, certains syndicats avaient demandé l'adoption de normes plus strictes pour les situations de fermeture d'entreprise, y compris une « procédure sévère de justification des fermetures » (*Le travail : une responsabilité collective : Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail* (1985), p. 85). Cependant, le rapport final ne renferme aucune recommandation en ce sens. De plus, en ce qui concerne les modifications apportées au *Code* en 2001, le ministre du Travail de l'époque, Jean Rochon, a affirmé ce qui suit :

> S'il y avait une mesure, une pratique déloyale, qu'on ferme une entreprise que pour, comme on dit, briser un syndicat, il peut y avoir d'autres mesures — code pénal ou quoi que ce soit — qui peuvent se prendre, mais c'est pas la Commission, en vertu du Code, qui pourrait intervenir pour empêcher la fermeture de l'entreprise.

(Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, nº 22, 2e sess., 36e lég., 29 mai 2001, p. 47)

B. *L'article 59 du Code ne s'applique pas*

[120] Wal-Mart prétend que l'art. 59 du *Code* ne s'applique pas dans les cas où, comme en l'espèce, il y a fermeture réelle et définitive d'une entreprise. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'accord.

(1) The Appropriate Recourse for Cases of Business Closure Lies Under Sections 12 to 14 of the *Code*

[121] This Court has already settled the question of how, in the case of store closure, former employees may seek recourse under the *Code*. In proceedings arising out of the same factual circumstances as those before us now, this Court stated that "[t]he appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code" (*Plourde*, at para. 4). This unequivocal statement should preclude this Court from now attempting to shoehorn the store closure situation into s. 59 of the *Code*. As Justice Binnie observed in *Plourde*, "[i]t would be unfortunate, absent compelling circumstances, if the precedential value of a . . . decision of this Court was thought to expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it" (para. 13).

[122] With respect, the majority seeks to revive the position adopted by the dissent in *Plourde* (at paras. 107 and 110) to the effect that the closure of a business is *not* a complete answer and that recourses other than ss. 12 to 14 exist under the *Code*. This approach undermines the principle of *stare decisis*, whose importance this Court so recently emphasized in *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489.

[123] The union, for its part, argues that *the dismissal of employees* from the Jonquière Wal-Mart store amounts to a changed condition of employment contrary to s. 59 of the *Code*. However, as explained below, there can be no inquiry into changed conditions of employment where the closure of the store had the secondary effect of employment ceasing to exist. Instead, the appropriate recourse falls under s. 12 of the *Code*, which "would focus directly on the reason for the closure of the store not on the reason for the dismissal of employees at a store that no longer exists" (*Plourde*, at para. 64). Despite the failure of the previous attempt by employees and the union to pursue

(1) Le recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du *Code*

[121] Notre Cour a déjà tranché la question de savoir comment, en cas de fermeture d'un magasin, d'anciens employés peuvent demander réparation en vertu du *Code*. Dans une instance découlant des mêmes faits que ceux qui nous occupent, notre Cour a affirmé que « [l]e recours approprié en cas de fermeture d'une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code » (*Plourde*, par. 4). Cette affirmation non équivoque devrait avoir pour effet d'empêcher la Cour de tenter en l'espèce de faire entrer la situation de fermeture d'un magasin dans le champ d'application de l'art. 59 du *Code*. Comme l'a fait observer le juge Binnie dans l'arrêt *Plourde*, « [i]l serait regrettable, en l'absence de circonstances impérieuses, qu'une décision [. . .] de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l'un ou de plusieurs des juges qui y ont participé » (par. 13).

[122] Avec égards, les juges majoritaires cherchent à raviver la position qu'avaient adoptée les juges dissidents dans *Plourde* (par. 107 et 110), à savoir que la fermeture d'une entreprise *ne* constitue *pas* une défense complète et que le *Code* offre d'autres recours que ceux fondés sur les art. 12 à 14. Cette approche déroge à la règle du *stare decisis*, dont notre Cour a récemment souligné l'importance dans *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489.

[123] Pour sa part, le syndicat plaide que *le congédiement des salariés* du magasin Wal-Mart de Jonquière équivaut à une modification des conditions de travail prohibée par l'art. 59 du *Code*. Toutefois, comme nous allons l'expliquer ci-après, on ne saurait s'interroger sur la modification des conditions de travail lorsque la fermeture du magasin a eu pour effet secondaire de faire disparaître les emplois. Le recours approprié serait plutôt basé sur l'art. 12 du *Code* et « porterait directement sur la raison de la fermeture du magasin et non sur la raison du congédiement des salariés d'un magasin qui n'existe plus » (*Plourde*, par. 64). Malgré l'échec de la tentative précédente des employés et

Wal-Mart under s. 12 of the *Code* (*Boutin*), the union now tries to circumvent the requirements of s. 12 by resort to s. 59.

(2) Employer's Right to Close its Business

[124] It is trite law in Quebec that an employer has the right to close its business: *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43, at para. 28; *Plourde*, at para. 41. In *Place des Arts* and *Plourde*, this Court adopted the articulation of the right as set out in *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22:

> [TRANSLATION] In our free enterprise system, there is no legislation to oblige an employer to remain in business and to regulate his subjective reasons in this respect. . . . If an employer, for whatever reason, decides as a result to actually close up shop, the dismissals which follow are the result of ceasing operations, which is a valid economic reason not to hire personnel, even if the cessation is based on socially reprehensible considerations. What is prohibited [in the context of the s. 17 presumption] is to dismiss employees engaged in union activities, not to definitively close a business because one does not want to deal with a union or because a union cannot be broken, even if the secondary effect of this is employee dismissal. [Emphasis deleted; p. 26.]

[125] Only one condition attaches to the employer's otherwise unimpeded right to close up shop: the closure must be genuine and definitive. As the above quotation makes clear, the employer may close its business for "whatever reason". This Court affirmed that the *motives* for closure are beyond review by labour arbitrators and courts: *Place des Arts*, at para. 31. Only where anti-union animus is alleged under ss. 12 to 14 of the *Code* may tribunals inquire into an employer's motives for closing its business: *Plourde*, at para. 26.

du syndicat de poursuivre Wal-Mart en vertu de l'art. 12 du *Code* (*Boutin*), le syndicat tente cette fois-ci d'éluder les exigences de l'art. 12 en recourant à l'art. 59.

(2) Le droit de l'employeur de fermer son entreprise

[124] Il est bien établi en droit québécois qu'un employeur a le droit de fermer son entreprise : *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43, par. 28; *Plourde*, par. 41. Dans les arrêts *Place des Arts* et *Plourde*, notre Cour a adopté la formulation suivante de ce droit, tirée de *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22 :

> Dans notre système d'économie libérale, il n'existe aucune législation obligeant un employeur à demeurer en affaire et r[é]glementant ses motifs subjectifs à cet égard. [. . .] Si un employeur, pour quelque raison que ce soit, décide par conséquent de véritablement fermer boutique, les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités, ce qui est une raison économique valable de ne pas engager de personnel, même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement. Ce qui est interdit [dans le contexte de la présomption de l'art. 17], c'est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n'est pas fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu'on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés. [Italiques omis; p. 26.]

[125] Le droit — par ailleurs libre de toute autre entrave — que possède un employeur de fermer boutique n'est soumis qu'à une seule condition : il doit s'agir d'une fermeture réelle et définitive. Comme l'indique clairement la citation qui précède, l'employeur peut fermer son entreprise « pour quelque raison que ce soit ». Notre Cour a affirmé que les *motifs* de la fermeture échappent au pouvoir de contrôle des arbitres du travail et des tribunaux judiciaires : *Place des Arts*, par. 31. Ce n'est que dans les cas où l'on reproche un comportement antisyndical en vertu des art. 12 à 14 du *Code* que les tribunaux administratifs peuvent enquêter sur les motifs qui ont amené l'employeur à fermer son entreprise : *Plourde*, par. 26.

[126] The facts in this appeal demonstrate that Wal-Mart, in closing its Jonquière store, exercised its legal right to close up shop. Although the initial grievance alleged anti-union animus, the union makes no such claims before this Court. In 2005, the union did file a complaint under ss. 12 to 14 of the *Code* (*Boutin*), but discontinued the proceedings in 2007 (see *Plourde*, at para. 30). The only inquiry available to the arbitrator and courts below in this case was into the genuineness of the store closure. In *Plourde*, Binnie J. wrote:

> [T]he CRT found that Wal-Mart had shown the store's closure to be genuine and permanent. The evidence supported the conclusion that the establishment no longer had any employees, was closed to the public and had been emptied of its merchandise and equipment and stripped of any identifying signage or colours. Moreover, the resiliation of the lease and the uncontradicted explanations regarding efforts to sell the building sufficed to show, in light of the evidence as a whole, that the closure of the store was genuine. [para. 19]

[127] Section 59 cannot apply to Wal-Mart's genuine and definitive closure of its Jonquière store because it would require Wal-Mart to justify its decision to close the store, which is inconsistent with the employer's right, under Quebec law, to close its business for *any* reason. The sole requirement is that the business closure be genuine and definitive. Once an employer exercises its right to close up shop, then s. 59 of the *Code* cannot impose an additional *ex post facto* justification requirement simply because this closure gives rise to a secondary effect — the collective termination of employees.

[128] Yet this is precisely what our colleague seeks to do at paras. 52-56 of his reasons. Despite the employer's unqualified right to close its business, Justice LeBel states that it is not enough for an arbitrator to determine whether the employer had the pre-existing right to act as it did — the arbitrator must be further satisfied that the employer exercised this power in conformity with its previous

[126] Les faits à l'origine du présent pourvoi démontrent que, en fermant son magasin de Jonquière, Wal-Mart a exercé le droit que lui reconnaît la loi de fermer boutique. Bien que le syndicat ait plaidé l'antisyndicalisme dans son grief initial, il n'a formulé aucune allégation en ce sens devant notre Cour. En 2005 le syndicat avait effectivement déposé une plainte fondée sur les art. 12 à 14 du *Code* (*Boutin*), plainte dont il s'est désisté en 2007 (voir *Plourde*, par. 30). En l'espèce, la seule enquête que pouvaient faire l'arbitre et les juridictions inférieures portait sur le caractère véritable de la fermeture du magasin. Dans *Plourde*, le juge Binnie a écrit ce qui suit :

> [L]a CRT estime que Wal-Mart a démontré que la fermeture du magasin est réelle et définitive. La preuve permet en effet de conclure que l'établissement n'a plus de salariés, qu'il est fermé au public, vidé de sa marchandise, de ses équipements et dégarni de toute identification par enseigne ou couleurs. De plus, la résiliation du bail et les explications données et non contredites sur les efforts faits pour se défaire de l'immeuble suffisent pour démontrer, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que la fermeture de l'établissement est véritable. [par. 19]

[127] L'article 59 ne peut s'appliquer à la fermeture réelle et définitive par Wal-Mart de son magasin de Jonquière, puisque cela obligerait l'entreprise à justifier sa décision de fermer son magasin, exigence incompatible avec le droit que possèdent les employeurs, en droit québécois, de fermer leur entreprise pour *quelque raison que ce soit*. La seule exigence est qu'il s'agisse d'une fermeture d'entreprise réelle et définitive. Dès lors qu'un employeur exerce son droit de fermer boutique, l'art. 59 du *Code* ne saurait imposer *ex post facto* une obligation additionnelle de justification, simplement parce que cette fermeture entraîne un effet secondaire — à savoir le congédiement collectif des salariés.

[128] Pourtant, c'est précisément ce que notre collègue tente de faire aux par. 52-56 de ses motifs. Malgré le droit absolu de l'employeur de fermer son entreprise, le juge LeBel affirme qu'il ne suffit pas que l'arbitre décide si l'employeur avait le droit préexistant d'agir comme il l'a fait : l'arbitre doit en outre être convaincu que l'employeur a exercé ce pouvoir conformément à ses pratiques

business practices or with those of a "reasonable employer".

[129] But a store closure, by definition, does not conform to previous business practices. If s. 59 were to apply to a situation of store closure, the result would be that businesses could never prove a store closure was business as usual. It would also mean that the employer would be prevented from exercising its right to close its business during the s. 59 freeze period and yet could, immediately upon the conclusion of a collective agreement, the exercise of the right of lock out or strike, or the issuance of an arbitration award, close its business for any reason. Legislation cannot be interpreted to give rise to such absurd results.

[130] To apply s. 59 to business closure situations would also undermine the *Code*'s assignment of the burden of proof and thereby disrupt the *Code*'s internal coherence. Under ss. 12 to 14, the claimant must prove that anti-union animus motivated the store closure. Contrarily, under s. 59, the *employer* would bear the burden of justifying the store closure under the "business as usual" rule.

[131] It is true that, where s. 59 applies, a claimant union has the initial burden of proving that the employer changed the conditions of employment after the filing of a petition for certification. But our colleague's contention, at para. 54, that the union *also* bears the burden of proving that the change is incompatible with the employer's usual business practice, departs from longstanding precedent for no apparent reason. The precedents are consistent that the *employer* bears the burden of justifying the changed condition of employment according to the "business as usual" rule: see *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) v. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718, at p. 753; *Mont-Laurier (Ville de) v. Syndicat des professionels et professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN)*, 1995 CanLII 1874

antérieures de gestion ou à celles d'un « employeur raisonnable ».

[129] Cependant, par définition, la fermeture d'un magasin n'est pas une mesure conforme aux pratiques antérieures de gestion. Si l'art. 59 s'appliquait aux situations de fermeture de magasin, il s'ensuivrait qu'une entreprise ayant fermé un magasin ne pourrait jamais prouver que la fermeture de ce magasin s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Cela impliquerait également que l'employeur serait empêché d'exercer son droit de fermer son entreprise pendant la période de gel des conditions de travail prescrite par l'art. 59, mais que, dès la conclusion d'une convention collective, l'exercice du droit de lock-out ou de grève ou encore le prononcé d'une sentence arbitrale, il pourrait le faire pour quelque raison que ce soit. Une loi ne peut être interprétée d'une manière conduisant à des résultats aussi absurdes.

[130] L'application de l'art. 59 aux situations de fermeture d'entreprise aurait en outre pour effet d'altérer l'attribution du fardeau de la preuve dans le *Code* et, de ce fait, de briser la cohérence interne de celui-ci. Dans le cadre d'une demande fondée sur les art. 12 à 14, le demandeur doit prouver que la fermeture du magasin était motivée par l'antisyndicalisme. À l'inverse, sous le régime de l'art. 59, l'*employeur* aurait le fardeau de justifier la fermeture du magasin suivant la règle du « cours normal des affaires ».

[131] Il est vrai que, dans les cas où l'art. 59 s'applique, le syndicat demandeur a le fardeau initial de prouver que l'employeur a modifié les conditions de travail après le dépôt de la requête en accréditation. Toutefois, ce que prétend notre collègue au par. 54, c'est-à-dire que le syndicat a *en outre* le fardeau de prouver que la modification est incompatible avec les pratiques habituelles de gestion de l'employeur, déroge sans raison apparente à des précédents de longue date. Ces précédents ont énoncé de manière constante que l'*employeur* est tenu de justifier la condition de travail modifiée suivant la règle du « cours normal des affaires » : voir *Syndicat des employé-es de SPC Automation (CSN) c. SPC Automation Inc.*, [1994] T.A. 718, p. 753; *Mont-Laurier (Ville de) c. Syndicat des professionnels et*

(T.A.); *Conseil conjoint du Québec*, *Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 v. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036 (T.A.), at p. 33; *Association des juristes de l'État v. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.), at p. 17. That is, the employer must show that the change was [TRANSLATION] "in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace" and must be "similar in nature to [those] that were made previously" (*Pakenham v. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, at p. 202).

[132] The *Code* possesses, as our colleague explains, a logical order that traces the evolution of associational life in the workplace (para. 31). Expanding the available recourses under the *Code* in the manner suggested by the majority would inject a degree of duplication into the *Code* that is inconsistent with this logical ordering. The purpose of s. 59 is to protect the equilibrium between the parties as they work toward a collective agreement, and not to allow the union to get around its burden of proof under ss. 12 to 14 in the context of a business closure. To allow a claim to proceed under s. 59 in a store closure situation would confuse the separate objectives of these provisions. The task of this Court is certainly not to "erode the distinct roles assigned by the legislature" to ss. 12 to 14 and s. 59 (*Plourde*, at para. 38).

(3) Section 59 of the *Code* Presupposes the Existence of an Ongoing Business

[133] Contrary to the conclusion of our colleague at para. 66, the text and context of s. 59 of the *Code* indicate that it cannot apply to a business closure situation because it presupposes the existence of an ongoing business. Section 59 is designed to facilitate the conclusion of a collective agreement within an existing employment relationship; it is not designed to maintain the employment relationship *per se*: R. P. Gagnon et al., *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at p. 599.

professionnelles de la Ville de Mont-Laurier (CSN), 1995 CanLII 1874 (T.A.); *Conseil conjoint du Québec*, *Syndicat du vêtement, du textile et autres industries, local 2625 c. Société en commandite Greb International (Division Kodiak)*, [1999] AZ-99141036 (T.A.), p. 33; *Association des juristes de l'État c. Conseil du Trésor*, 1999 CanLII 5144 (T.A.), p. 17. Autrement dit, l'employeur doit démontrer que la modification a été faite « selon les paramètres qu'il s'est lui-même imposé avant la venue du syndicat chez lui » et qu'elle était « du même genre que [celles] qui se faisaient auparavant » (*Pakenham c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires, section locale 1974, UFCW*, [1983] T.T. 189, p. 202).

[132] Comme l'explique notre collègue, le *Code* possède un ordre logique, qui suit l'évolution de la vie associative du milieu de travail (par. 31). Si on élargissait de la manière préconisée par les juges majoritaires les recours qui peuvent être exercés en vertu du *Code*, on introduirait dans celui-ci un degré de chevauchement incompatible avec cet ordre logique. L'article 59 a pour objet de protéger l'équilibre entre les parties pendant qu'elles s'efforcent de conclure une convention collective, et non de permettre au syndicat d'éluder, dans le contexte d'une fermeture d'entreprise, le fardeau de preuve qui lui incombe en application des art. 12 à 14. Permettre l'exercice d'un recours fondé sur l'art. 59 dans un tel contexte créerait de la cofusion à l'égard des objectifs distincts de ces dispositions. Notre Cour n'a certainement pas pour tâche d'« érode[r] les rôles distincts attribués par le législateur » aux art. 12 à 14 et à l'art. 59 (*Plourde*, par. 38).

(3) L'article 59 du *Code* présuppose l'existence d'une entreprise active

[133] Contrairement à la conclusion de notre collègue au par. 66, il ressort du texte et du contexte de l'art. 59 du *Code* que cette disposition ne peut s'appliquer à une situation de fermeture d'entreprise, puisqu'elle présuppose l'existence d'une entreprise active. L'article 59 vise à faciliter la conclusion d'une convention collective dans le cadre d'une relation d'emploi existante; il ne vise pas à maintenir la relation d'emploi elle-même : R. P. Gagnon et autres, *Le droit du travail du Québec* (7e éd. 2013), p. 599.

[134] A contextual analysis supports the view that the existence of an ongoing business is a condition precedent to the application of s. 59. The provision's purpose is to maintain a balance between the employer and the employees during the nascent stage of the collective labour relations process, in order to facilitate the conclusion of a collective agreement; this is indicated by its location in the *Code*, in the chapter entitled "Collective Agreements". This purpose is consistent with the fact that certification is not an end in itself, but the beginning of the collective bargaining process: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1099.

[135] The sole concern of the chapter in which s. 59 is located is to facilitate the conclusion of a collective agreement by the parties or through arbitration, as specified by s. 58. The freeze in employment conditions prescribed by s. 59 applies to achieve this objective; the period ends when "the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down". But a collective agreement, lock-out, strike, or arbitration award can only take place in the context of the ongoing operation of a business. A strike or lock-out, or an arbitration award prescribing a collective agreement only make sense in the case of an ongoing business to which the strike, lock-out, or collective agreement will apply. The closure of a business, like the Jonquière Wal-Mart store, means that the right to lock out or to strike can never be exercised, and that an arbitration award imposing a collective agreement will never be applicable. Section 59 therefore cannot apply in the case of a store closure.

[136] To the same effect, the words "employer" and "employees" in s. 59 indicate that these components are essential to the application of the provision. This Court has affirmed that, in the context of the *Code*, "the legislator intended that collective bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part

[134] Une analyse contextuelle de l'art. 59 permet d'étayer l'opinion selon laquelle l'existence d'une entreprise active constitue une condition préalable à l'application de cette disposition. L'article 59 a pour objet de maintenir l'équilibre entre l'employeur et ses salariés aux premières étapes du processus de négociation des rapports collectifs de travail, afin de faciliter la conclusion d'une convention collective; cette constatation ressort de l'emplacement de cette disposition dans le *Code*, c'est-à-dire dans le chapitre intitulé « De la convention collective ». Cet objet est compatible avec le fait que l'accréditation ne constitue pas une fin en soi, mais plutôt le début du processus de négociation collective : *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1099.

[135] Le chapitre dans lequel se trouve l'art. 59 a pour unique objet de faciliter la conclusion d'une convention collective par voie de négociation entre les parties ou encore par voie d'arbitrage, comme le précise l'art. 58. Le gel des conditions de travail prescrit par l'art. 59 s'applique afin de permettre la réalisation de cet objectif, cette période ne prenant pas fin tant que « le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue ». Toutefois, une convention collective, un lock-out, une grève ou une sentence arbitrale ne peuvent survenir que dans le contexte de l'exploitation active d'une entreprise. Une grève, un lock-out ou encore une sentence arbitrale instaurant une convention collective n'ont de sens que dans le cas d'une entreprise active à laquelle s'appliquera la grève, le lock-out ou la convention collective. En effet, la fermeture de l'entreprise concernée — comme celle du magasin Wal-Mart de Jonquière en l'espèce — signifie que le droit de lock-out ou de grève ne peut jamais être exercé, et qu'une sentence arbitrale imposant une convention collective ne sera jamais applicable. L'article 59 ne peut donc pas s'appliquer dans le cas d'une fermeture de magasin.

[136] Dans le même sens, les mots « employeur » et « salariés » utilisés à l'art. 59 indiquent que ces éléments sont des éléments dont la présence est essentielle à l'application de la disposition. Notre Cour a affirmé que, dans le contexte du *Code*, « il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte

framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking" (*Bibeault*, at p. 1101). In the case of the genuine and definitive closure of a business, two of these requirements, the employer and the undertaking, cease to exist. The elimination of these essential components of the collective bargaining process means that s. 59 of the *Code* cannot apply to the facts in this appeal. There can be no changed conditions of employment where there is, simply put, no employer, no undertaking, and therefore no employment.

(4) An Arbitrator Cannot Provide an Appropriate Remedy Under Section 59 in the Case of Business Closure

[137] Section 59 cannot apply in the context of a business closure as there is no appropriate remedy available to the arbitrator. The objectives underlying arbitration are speed and fairness (Morin and Blouin, at p. 27). Arbitrators typically encourage solutions that are consistent with the parties' practices in order to strengthen their continued relationship. The goal of the arbitrator, in responding to a breached obligation, is to return the parties to the situation prevailing before the breach (Morin and Blouin, at pp. 547-48).

[138] The purpose of s. 59 of the *Code* is to maintain the balance between the employer and employees with a view to their continuing employment relationship. Where there is a breach of s. 59, then, the arbitrator must provide a remedy that restores the *status quo ante*. Since employers in Quebec have the right to close their business, an arbitrator cannot order an employer to reopen a store. While it is true that an arbitrator has the power to award damages under s. 100.12 of the *Code*, such a remedy would be inconsistent with the purpose of s. 59, since it would not restore the balance between the parties or facilitate the conclusion of a collective agreement.

se réalisent dans le cadre tripartite suivant : un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur » (*Bibeault*, p. 1101). Dans les cas où il y a fermeture réelle et définitive d'une entreprise, deux de ces conditions — l'employeur et l'entreprise — cessent d'exister. L'absence de ces éléments essentiels du processus de négociation collective signifie que l'art. 59 du *Code* ne peut s'appliquer aux faits du présent pourvoi. Pour dire les choses simplement, on ne saurait parler de modifications des conditions de travail dans un cas où il n'y a ni employeur, ni entreprise et, partant, pas de travail.

(4) Un arbitre ne peut accorder de réparation appropriée en vertu de l'art. 59 en cas de fermeture d'entreprise

[137] L'article 59 ne peut pas s'appliquer en cas de fermeture d'entreprise, car l'arbitre ne dispose d'aucune mesure de réparation appropriée qu'il pourrait accorder à cet égard. Les objectifs qui sous-tendent le recours à l'arbitrage sont la célérité et l'équité (Morin et Blouin, p. 27). Les arbitres proposent habituellement des solutions qui sont conformes aux pratiques des parties, en vue de renforcer leur relation continue. Lorsqu'il y a manquement à une obligation, l'objectif de l'arbitre est de rétablir la situation qui existait entre les parties avant ce manquement (Morin et Blouin, p. 547-548).

[138] L'article 59 du *Code* a pour objet de maintenir l'équilibre entre l'employeur et les salariés dans la perspective d'une relation d'emploi continue. Lorsqu'il survient un manquement à cette disposition, l'arbitre doit alors façonner une réparation qui rétablisse le *statu quo ante*, la situation antérieure. Étant donné que, au Québec, les employeurs ont le droit de fermer leur entreprise, un arbitre ne peut ordonner à un employeur de rouvrir un magasin. Bien qu'il soit vrai qu'un arbitre a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts en vertu de l'art. 100.12 du *Code*, une telle réparation serait incompatible avec l'objet de l'art. 59, puisqu'elle n'aurait pas pour effet de restaurer l'équilibre entre les parties ou de faciliter la conclusion d'une convention collective.

[139] Arbitrators may award damages to compensate for harm that cannot be compensated for by an award in kind (Morin and Blouin, at p. 555). Wal-Mart has already compensated employees of the Jonquière store for the loss of their jobs. There is no further compensable harm that would arise from a termination of the union certification process in breach of s. 59. In our view, an arbitrator cannot be expected to award a remedy under s. 100.12 that is severed from the breach it seeks to repair.

[139] Les arbitres peuvent accorder des dommages-intérêts pour dédommager quelqu'un d'un préjudice qui ne peut être réparé par voie d'exécution en nature (Morin et Blouin, p. 555). Wal-Mart a déjà dédommagé les salariés du magasin de Jonquière de la perte de leur emploi. Il n'existe aucun autre préjudice indemnisable qui découlerait de la cessation, en violation de l'art. 59, du processus d'accréditation syndicale. À notre avis, un arbitre ne saurait accorder, en vertu de l'art. 100.12, une réparation dissociée du manquement qu'elle est censée corriger.

[140] Our colleague notes that the employer's exercise of its right to close its business cannot immunize it from the adverse financial consequences of such action (paras. 68-69). But this is plainly not the case here: upon closure of the Jonquière store, Wal-Mart paid its employees severance pay in an amount equal to two weeks of work *per* year of service. Since s. 59 does not apply to the business closure situation, it gives rise to no additional financial consequences for Wal-Mart. This does not mean that there is "no remedy *anywhere* under the Code . . . on proof that the termination was for anti-union reasons" (*Plourde*, at para. 51 (emphasis in original)). The remedy is simply to be pursued under ss. 12 to 14 of the *Code*, not s. 59. That the union's previous attempt to pursue Wal-Mart under ss. 12 to 14 of the *Code* failed (*Boutin*) does not entitle it to an alternate pathway under s. 59.

[140] Notre collègue souligne que l'exercice par l'employeur de son droit de fermer son entreprise ne peut l'immuniser contre les conséquences financières négatives d'une telle mesure (par. 68-69). Toutefois, nous ne sommes manifestement pas en présence d'un tel cas : à la fermeture du magasin de Jonquière, Wal-Mart a versé à ses employés une indemnité de départ d'un montant équivalent à deux semaines de travail par année de service. Étant donné que l'art. 59 ne s'applique pas aux situations de fermeture d'entreprise, il n'entraîne aucune conséquence financière additionnelle pour Wal-Mart. Cela ne veut pas dire que « le Code n'offr[e] *aucun* recours [. . .] s'il [est] établi que les congédiements procédaient de raisons anti-syndicales » (*Plourde*, par. 51 (en italique dans l'original)). La solution consiste simplement à demander réparation en vertu des art. 12 à 14 du *Code*, et non de l'art. 59. Le fait que la tentative antérieure du syndicat de poursuivre Wal-Mart en application des art. 12 à 14 du *Code* (*Boutin*) a échoué ne lui donne pas droit à une autre voie de recours, cette fois fondée sur l'art. 59.

VII. Conclusion

[141] In light of our conclusion that s. 59 does not apply to the facts on this appeal, it is not necessary to pursue a substantive analysis of the union's s. 59 claim.

[142] The appeal should therefore be dismissed, with costs payable to the respondent.

VII. Conclusion

[141] Vu notre conclusion que l'art. 59 ne s'applique pas aux faits du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser sur le fond la demande présentée par le syndicat en vertu de l'art. 59.

[142] Le pourvoi devrait donc être rejeté, avec dépens en faveur de l'intimée.

APPENDIX

Labour Code, CQLR, c. C-27

12. No employer, or person acting for an employer or an association of employers, shall in any manner seek to dominate, hinder or finance the formation or the activities of any association of employees, or to participate therein.

No association of employees, or person acting on behalf of any such organization, shall belong to an association of employers or seek to dominate, hinder or finance the formation or activities of any such association, or to participate therein.

13. No person shall use intimidation or threats to induce anyone to become, refrain from becoming or cease to be a member of an association of employees or an employers' association.

14. No employer nor any person acting for an employer or an employers' association may refuse to employ any person because that person exercises a right arising from this Code, or endeavour by intimidation, discrimination or reprisals, threat of dismissal or other threat, or by the imposition of a sanction or by any other means, to compel an employee to refrain from or to cease exercising a right arising from this Code.

This section shall not have the effect of preventing an employer from suspending, dismissing or transferring an employee for a good and sufficient reason, proof whereof shall devolve upon the said employer.

59. From the filing of a petition for certification and until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

The same rule applies on the expiration of the collective agreement until the right to lock out or to strike is exercised or an arbitration award is handed down.

The parties may stipulate in a collective agreement that the conditions of employment contained therein shall continue to apply until a new agreement is signed.

ANNEXE

Code du travail, RlRQ, ch. C-27

12. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs, ne cherchera d'aucune manière à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une association de salariés, ni à y participer.

Aucune association de salariés, ni aucune personne agissant pour le compte d'une telle organisation n'adhérera à une association d'employeurs, ni ne cherchera à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une telle association ni à y participer.

13. Nul ne doit user d'intimidation ou de menaces pour amener quiconque à devenir membre, à s'abstenir de devenir membre ou à cesser d'être membre d'une association de salariés ou d'employeurs.

14. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs ne doit refuser d'employer une personne à cause de l'exercice par cette personne d'un droit qui lui résulte du présent code, ni chercher par intimidation, mesures discriminatoires ou de représailles, menace de renvoi ou autre menace, ou par l'imposition d'une sanction ou par quelque autre moyen à contraindre un salarié à s'abstenir ou à cesser d'exercer un droit qui lui résulte du présent code.

Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre, congédier ou déplacer un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe.

59. À compter du dépôt d'une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l'association accréditée.

Il en est de même à compter de l'expiration de la convention collective et tant que le droit au lock-out ou à la grève n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue.

Les parties peuvent prévoir dans une convention collective que les conditions de travail contenues dans cette dernière vont continuer de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention.

100.12. In the exercise of his duties the arbitrator may

(*a*) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

(*b*) fix the terms and conditions of reimbursement of an overpayment by an employer to an employee;

(*c*) order the payment of interest at the legal rate, from the filing of the grievance, on any amount due under an award he has made.

There must be added to that amount an indemnity computed by applying to that amount, from the same date, a percentage equal to the amount by which the rate of interest fixed according to section 28 of the Tax Administration Act (chapter A 6.002) exceeds the legal rate of interest;

(*d*) upon request of a party, fix the amount due under an award he has made;

(*e*) correct at any time a decision in which there is an error in writing or calculation or any other clerical error;

(*f*) in disciplinary matters, confirm, amend or set aside the decision of the employer and, if such is the case, substitute therefor the decision he deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter. However, where the collective agreement provides for a specific sanction for the fault alleged against the employee in the case submitted to arbitration, the arbitrator shall only confirm or set aside the decision of the employer, or, if such is the case, amend it to bring it into conformity with the sanction provided for in the collective agreement;

(*g*) render any other decision, including a provisional order, intended to protect the rights of the parties.

Appeal allowed with costs throughout, Rothstein and Wagner JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Philion Leblanc Beaudry, Québec.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec inc.: Fasken Martineau DuMoulin,

100.12. Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut :

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief;

b) fixer les modalités de remboursement d'une somme qu'un employeur a versée en trop à un salarié;

c) ordonner le paiement d'un intérêt au taux légal à compter du dépôt du grief, sur les sommes dues en vertu de sa sentence.

Il doit être ajouté à ce montant une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de la même date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur l'administration fiscale (chapitre A-6.002) sur le taux légal d'intérêt;

d) fixer, à la demande d'une partie, le montant dû en vertu d'une sentence qu'il a rendue;

e) corriger en tout temps une décision entachée d'erreur d'écriture ou de calcul, ou de quelque autre erreur matérielle;

f) en matière disciplinaire, confirmer, modifier ou annuler la décision de l'employeur et, le cas échéant, y substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Toutefois, lorsque la convention collective prévoit une sanction déterminée pour la faute reprochée au salarié dans le cas soumis à l'arbitrage, l'arbitre ne peut que confirmer ou annuler la décision de l'employeur ou, le cas échéant, la modifier pour la rendre conforme à la sanction prévue à la convention collective;

g) rendre toute autre décision, y compris une ordonnance provisoire, propre à sauvegarder les droits des parties.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Philion Leblanc Beaudry, Québec.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec inc. : Fasken Martineau DuMoulin,

Montréal; Conseil du patronat du Québec inc., Montréal.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Stewart McKelvey, St. John's; McMillan, Ottawa.

Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Québec.

Montréal; Conseil du patronat du Québec inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Stewart McKelvey, St. John's; McMillan, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Vincent Quesnelle *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Quesnelle

2014 SCC 46

File No.: 35390.

2014: March 20; 2014: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are "records" within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Q was charged with sexually assaulting two complainants. Before trial, Q made an application seeking disclosure of certain police occurrence reports which involved a complainant but which were not made in the course of the investigation of the charges against Q. The trial judge ruled that the occurrence reports at issue were "records" under the *Mills* regime, specifically s. 278.1 of the *Criminal Code*. As such, Q applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. The trial judge dismissed the application and Q was ultimately convicted. The Court of Appeal allowed Q's appeal on the basis that the police occurrence reports were not "records" under the *Mills* regime and should

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Vincent Quesnelle *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Quesnelle

2014 CSC 46

N° du greffe : 35390.

2014 : 20 mars; 2014 : 9 juillet.

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

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

Droit criminel — Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d'une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du Code criminel de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt Mills? — L'exception prévue pour le dossier d'enquête ou de poursuite vaut-elle à l'égard de tous les rapports de police ou seulement à l'égard de ceux établis relativement à l'infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Q a été accusé d'avoir agressé sexuellement les deux plaignantes. Avant le début du procès, il a demandé la communication de certains rapports de police qui avaient trait à l'une d'elles, mais qui n'avaient pas été produits dans le cadre de l'enquête ayant mené aux accusations portées contre lui. La juge du procès a statué que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l'arrêt *Mills*, plus précisément l'art. 278.1 du *Code criminel*. Q a donc demandé leur communication en application de l'art. 278.3 du *Code*. La juge a rejeté la demande, et Q a finalement été déclaré coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel de Q au motif que les rapports de police ne constituaient pas des « dossiers » pour les

have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Court of Appeal therefore ordered a new trial.

besoins du régime de l'arrêt *Mills* et que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a donc ordonné un nouveau procès.

Held: The appeal is allowed, the order for a new trial is set aside, and the conviction is restored with the sentence appeal remitted to the Court of Appeal.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès est annulée, la déclaration de culpabilité est rétablie et l'appel de la peine est renvoyé à la Cour d'appel.

Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, known as the *Mills* regime, permit disclosure of private records relating to complainants and witnesses in cases involving particular sexual offences only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. While it governs the disclosure of "records" in sexual offence trials, the regime does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and obtain potentially relevant material in accordance with *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66.

Dans le cas de certaines infractions à caractère sexuel, les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* — le « régime de l'arrêt *Mills* » — permettent la communication d'un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin seulement lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant dans une affaire d'infraction à caractère sexuel. Même si le régime s'applique à la communication d'un « dossier » dans un procès pour infraction à caractère sexuel, l'obligation faite au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables et d'obtenir les renseignements et les éléments de preuve susceptibles d'être pertinents demeure, conformément à *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66.

Whether a document counts as a "record" depends first on whether the document contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, and second on whether it falls into the exemption for investigatory and prosecutorial documents. Section 278.1 provides an illustrative list of some types of records that generally give rise to a reasonable expectation of privacy, but other documents will still be covered if they attract a reasonable expectation of privacy. Trial judges will usually assess reasonable expectations on the basis of the type of document at issue. Police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness other than the offence being prosecuted count as "records" and are subject to the *Mills* regime.

Un document constitue un « dossier » lorsque, premièrement, il contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et que, deuxièmement, il ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée; d'autres documents seront toutefois protégés s'ils suscitent une telle attente. Le juge du procès se prononce habituellement sur l'existence d'une telle attente en fonction de la nature du document en cause. Le rapport de police dressé à l'occasion de l'enquête relative à un incident antérieur auquel a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l'infraction qui fait l'objet de la procédure, constitue un « dossier » et est soumis au régime de l'arrêt *Mills*.

Given the sensitive nature of the information frequently contained in such police occurrence reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, there will generally be a reasonable expectation of privacy in such reports. Police occurrence reports may contain highly sensitive material including unproven allegations and statements of complainants. They may reveal family

Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport de police confère généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Il peut contenir des renseignements de nature très délicate tels que des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi et des déclarations du plaignant. Il peut

status, health information, and other personal details. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults. Disclosure of this information engages complainants' and witnesses' "informational privacy", the right to control how their information is shared. Disclosure of this information to the accused is particularly likely to engage the dignity interests of complainants and witnesses, and to discourage victims of sexual offences from coming forward. The fact that this information has already been obtained by police does not destroy the affected person's interest in keeping the information private from others. People are entitled to provide information to police with confidence that the police will only disclose it for good reason.

The exemption for investigatory and prosecutorial records contained in s. 278.1 does not strip the protection of the *Mills* regime from police occurrence reports. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of concluding otherwise, the trial judge was correct in deciding that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Escher v. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 193(1), 278.1 to 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.

révéler l'état matrimonial, des renseignements médicaux et d'autres données personnelles. Mais surtout, il peut dévoiler l'existence d'un incident antérieur où le témoin ou le plaignant a été victime d'un acte criminel, y compris une agression sexuelle. La communication de telles données met en jeu le « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » du plaignant ou du témoin, soit le droit de ce dernier de décider lui-même des modalités de leur partage. Leur communication à l'accusé est particulièrement susceptible de porter atteinte à la dignité du plaignant ou du témoin et de décourager une victime d'agression sexuelle de dénoncer son agresseur. Le fait que la police détient déjà les renseignements ne saurait écarter le droit de l'intéressé à ce que leur confidentialité soit assurée. Les gens qui fournissent des renseignements à la police s'attendent à ce que celle-ci ne les communique à autrui que pour un motif valable.

L'exception prévue par l'art. 278.1 à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite ne soustrait pas le rapport de police à la protection du régime de l'arrêt *Mills*. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences d'une conclusion différente, la juge du procès statue à bon droit que l'exception s'applique seulement aux rapports établis relativement à l'infraction en cause, et non à ceux rédigés dans le cadre d'enquêtes sans lien avec celle-ci.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Escher c. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(1), 278.1 à 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, préambule.

Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, p. 7664.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, pp. 9361-62.

Gotell, Lise. "When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records" (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.

Keen, Peter Carmichael. "*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*" (2013), 4 C.R. (7th) 56.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and MacFarland JJ.A.), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, setting aside the accused's convictions for sexual assault and assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

Milan Rupic, for the appellant.

Najma Jamaldin and *Paul Genua*, for the respondent.

Maureen J. McGuire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* and *Christiane Huneault*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Jonathan Dawe and *Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Susan Chapman and *Joanna Birenbaum*, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997, p. 7664.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 150, 2e sess., 35e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362.

Gotell, Lise. « When Privacy is Not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.

Keen, Peter Carmichael. « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et MacFarland), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, qui a annulé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait prononcées contre l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

Milan Rupic, pour l'appelante.

Najma Jamaldin et *Paul Genua*, pour l'intimé.

Maureen J. McGuire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* et *Christiane Huneault*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Jonathan Dawe et *Michael Dineen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Susan Chapman et *Joanna Birenbaum*, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] In sexual offence cases, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, limits the disclosure of private records relating to complainants and witnesses. The relevant provisions, ss. 278.1 to 278.91, known as the *Mills* regime, permit disclosure only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime applies to "records" that contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, unless they are made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence. The issue on appeal is whether these provisions apply to police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness and not the offence being prosecuted. The question is whether these unrelated police occurrence reports count as "records" as defined in s. 278.1, such that the statutory disclosure limits apply.

[2] I conclude that the *Mills* regime applies to police occurrence reports that are not directly related to the charges against the accused. Privacy is not an all or nothing right. Individuals involved in a criminal investigation do not forfeit their privacy interest for all future purposes; they reasonably expect that personal information in police reports will not be disclosed in unrelated matters. Moreover, while the regime exempts investigatory and prosecutorial records, that exemption applies only to records made in relation to the particular offence in question.

[3] Accordingly, I agree with the trial judge that the unrelated police occurrence reports at issue

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Dans les affaires d'infraction d'ordre sexuel, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, limite la communication d'un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin. Les dispositions pertinentes, soit les art. 278.1 à 278.91 — le « régime de l'arrêt *Mills* » — ne permettent la communication que lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime s'applique au « dossier » qui contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, sauf s'il est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure. Le pourvoi porte sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquent au rapport de police dressé à l'occasion de l'enquête relative à des incidents auxquels a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l'infraction qui fait l'objet de la procédure. Il nous faut décider si ce rapport de police sans lien avec l'infraction constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1, de telle sorte qu'il soit assujetti aux restrictions légales de communication.

[2] J'arrive à la conclusion que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique au rapport de police qui n'est pas directement lié à l'accusation portée contre l'accusé. Le droit à la vie privée n'est pas un droit de nature absolue. La personne qui est visée par une enquête criminelle ne renonce pas à son droit à la vie privée pour toutes les circonstances ultérieures; elle s'attend raisonnablement à ce que ses renseignements personnels consignés dans le rapport de police ne fassent pas l'objet d'une communication dans une autre affaire. De plus, même si le régime prévoit une exception pour les dossiers d'enquête et de poursuite, cette exception ne vaut que pour les dossiers constitués relativement à l'infraction en cause.

[3] Par conséquent, je conviens avec la juge du procès que chacun des rapports de police considérés

were "records" within the definition of s. 278.1 and thus subject to the *Mills* regime. The trial judge was entitled to conclude that the reports should not be disclosed. I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

II. Facts

[4] The respondent, Vincent Quesnelle, was charged with sexually assaulting two complainants, T.R. and L.I. Prior to trial, CBC Radio aired a documentary about the complainant T.R. (a street sex worker), during which the lead investigator in this case indicated that she had obtained and reviewed four or five police occurrence reports which involved T.R. but were not made in the course of the investigation that resulted in the charges against the respondent. The detective did not include the reports in the investigatory file.

[5] The police create occurrence reports to document incidents to which they respond, including disturbances, requests for assistance, reports of alleged crimes and even medical emergencies or car accidents. The reports contain police officers' recollections and notes concerning the facts of the incident.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[6] Before trial, the respondent made an application seeking disclosure of the police occurrence reports that had been reviewed by the detective. The trial judge, Thorburn J., ruled that the occurrence reports at issue were "records" under the *Mills* regime for two reasons: 2009 CanLII 73645. First, occurrence reports contain personal information in which there is a reasonable expectation of privacy. Second, the reports do not fall under the exception to the *Mills* regime in s. 278.1 because they are not "records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence": that section excludes only police records made in relation to the

en l'espèce constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1, de sorte qu'il tombe sous le coup du régime de l'arrêt *Mills*. La juge du procès était en droit de conclure que les rapports ne devaient pas être communiqués. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'appel de la peine à la Cour d'appel.

II. Faits

[4] L'intimé, Vincent Quesnelle, a été accusé d'avoir agressé sexuellement les deux plaignantes, T.R. et L.I. Avant le procès, la chaîne CBC Radio a présenté un documentaire sur la plaignante T.R., une prostituée travaillant dans la rue. L'enquêteuse principale au dossier y affirmait avoir obtenu et examiné quatre ou cinq rapports de police qui avaient trait à T.R., mais qui n'avaient pas été produits dans le cadre de l'enquête ayant débouché sur les accusations portées contre l'intimé. L'enquêteuse n'a pas versé les rapports au dossier d'enquête.

[5] Les policiers rédigent un rapport afin de documenter une intervention par suite, notamment, d'une infraction à la paix publique, d'une demande d'aide, du signalement d'un crime, voire d'une urgence médicale ou d'un accident de la route. Ils y consignent le déroulement de l'intervention et des précisions sur les faits en cause.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[6] Avant le début du procès, l'intimé a demandé la communication des rapports de police dont l'enquêteuse avait pris connaissance. Appelée à présider le procès, la juge Thorburn a conclu que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l'arrêt *Mills*, et ce, pour deux raisons (2009 CanLII 73645). Premièrement, ils contenaient des renseignements personnels qui conféraient une attente raisonnable en matière de vie privée. Deuxièmement, ils ne tombaient pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 278.1, car ils ne constituaient pas des « dossier[s] qui [sont] produit[s] par un responsable de l'enquête ou de

case being prosecuted. Under the *Mills* regime, a "record" may only be disclosed to the accused if the trial judge is satisfied that it is likely relevant to an issue at trial and disclosure is necessary in the interests of justice.

la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ». Seuls échappent à l'application du régime les rapports établis relativement à l'infraction faisant l'objet de la poursuite. Conformément au régime de l'arrêt *Mills*, un « dossier » ne peut être communiqué à l'accusé que si le juge du procès est convaincu qu'il est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige et que sa communication sert les intérêts de la justice.

[7] Since the records fell within the *Mills* regime, the respondent applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. He argued that the records were likely relevant to assess the complainant's credibility. The defence chose not to rely on the documentary in making this application. He did not want to alert the complainant — who was a party to the application — to his theory of the relevance of the occurrence reports. The trial judge ruled against the respondent because there was no evidentiary basis on which to conclude that the documents requested were likely relevant or that their production was necessary in the interests of justice: 2010 ONSC 175 (CanLII).

[7] Comme les rapports étaient assujettis au régime de l'arrêt *Mills*, l'intimé a demandé leur communication en application de l'art. 278.3 du *Code*. Il a prétendu qu'ils étaient vraisemblablement pertinents pour l'appréciation de la crédibilité de la plaignante. La défense a choisi de ne pas faire mention du documentaire, car elle ne voulait pas attirer l'attention de la plaignante — qui était constituée partie à la demande — sur les raisons pour lesquelles elle jugeait les rapports pertinents. La juge du procès a rejeté la demande parce qu'aucun fondement probant ne permettait de conclure que les documents étaient vraisemblablement pertinents ou que leur communication servait les intérêts de la justice (2010 ONSC 175 (CanLII)).

[8] The respondent was ultimately convicted and sentenced to six and a half years in jail, less credit for time served: 2010 ONSC 3713 (CanLII).

[8] L'intimé a finalement été reconnu coupable et condamné à six ans et demi d'emprisonnement, moins le temps crédité pour la détention (2010 ONSC 3713 (CanLII)).

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

[9] The respondent appealed his conviction and sentence to the Ontario Court of Appeal. He argued that the police occurrence reports were not "records" under the *Mills* regime, and therefore should have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

[9] L'intimé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a prétendu que les rapports de police n'étaient pas des « dossiers » pour les besoins du régime de l'arrêt *Mills*, de sorte que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

[10] The Court of Appeal allowed his appeal on this basis and ordered a new trial. First, MacFarland J.A. concluded that complainants and witnesses who give information to the police have no reasonable expectation of privacy in police documents

[10] La Cour d'appel accueille l'appel pour ce motif et ordonne la tenue d'un nouveau procès. La juge MacFarland estime en premier lieu que le plaignant ou le témoin qui donne des renseignements à la police n'a aucune attente raisonnable en matière

recording that information. Second, she concluded that s. 278.1 exempts all records that are prepared by the investigating police service, whether or not the records are related to the case being prosecuted. Thus the police occurrence reports at issue were not subject to the *Mills* regime. The court reasoned that the police occurrence reports reviewed by Detective Leaver were fruits of the investigation, and ordered their disclosure.

de vie privée à l'égard des documents de police qui consignent ces renseignements. En deuxième lieu, elle conclut que l'exception prévue à l'art. 278.1 vise tous les dossiers produits par le service de police chargé de l'enquête, qu'ils se rapportent ou non à la poursuite. Elle estime donc que les rapports en cause ne sont pas assujettis au régime de l'arrêt *Mills*. La Cour d'appel explique que les rapports examinés par l'enquêteuse Leaver représentent les fruits de l'enquête et elle ordonne leur communication.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *The Principles Governing Crown Disclosure*

A. *Les principes applicables à l'obligation de communication du ministère public*

(1) Disclosure in Criminal Cases Generally

(1) Communication dans les affaires criminelles en général

[11] The Crown has a broad duty to disclose relevant evidence and information to persons charged with criminal offences. *Stinchcombe*, at pp. 336-40, provides that the Crown is obliged to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control so as to allow the accused to make full answer and defence. For purposes of this "first party" disclosure, "the Crown" does not refer to all Crown entities, federal and provincial: "the Crown" is the prosecuting Crown. All other Crown entities, including police, are "third parties". With the exception of the police duty to supply the Crown with the fruits of the investigation, records in the hands of third parties, including other Crown entities, are generally not subject to the *Stinchcombe* disclosure rules.

[11] Le ministère public a l'obligation générale de communiquer les éléments de preuve et les renseignements pertinents à la personne qui est accusée d'une infraction criminelle. Selon l'arrêt *Stinchcombe*, p. 336-340, il est tenu de communiquer tout renseignement pertinent non protégé qui est en sa possession ou sous son contrôle afin de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour les besoins de la communication par la « partie principale », « le ministère public » ne s'entend pas de toutes les composantes de l'État fédéral ou provincial, mais seulement du poursuivant. Toutes les autres composantes de l'État, y compris la police, sont des « tiers ». Exception faite de l'obligation qui incombe à la police de transmettre au ministère public les fruits de l'enquête, les dossiers en la possession de tiers, y compris d'autres composantes de l'État, ne sont habituellement pas assujettis aux règles établies dans l'arrêt *Stinchcombe* en matière de communication.

[12] In *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, this Court recognized that the Crown cannot merely be a passive recipient of disclosure material. Instead, the Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant to the prosecution or the defence. This Court also recognized that police have a duty to disclose,

[12] Dans l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, notre Cour reconnaît que le ministère public ne peut se contenter de recevoir passivement des renseignements. Des vérifications raisonnables lui incombent lorsqu'il apprend que la police ou d'autres composantes de l'État ont en leur possession des éléments susceptibles d'être utiles à la poursuite ou à la défense. Notre Cour reconnaît

without prompting, "all material pertaining to its investigation of the accused" (para. 14) as well as other information "obviously relevant to the accused's case" (para. 59).

aussi l'obligation de la police de communiquer, sans qu'il soit nécessaire de lui en faire la demande, « tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé » (par. 14), ainsi que les autres renseignements qui « se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé » (par. 59).

[13] In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 15-34, this Court established a separate disclosure regime for records in the hands of "third parties" that are "likely relevant" to an issue at trial. Under *O'Connor*, an application is made to the court and the judge determines whether production should be compelled in accordance with a two-stage test. At the first stage, the applicant has an onus to establish the likely relevance of the record. At the second stage, the judge examines the record and determines whether, and to what extent, it should be produced for the accused: in the case of relevant information, privacy interests yield to the right to a full answer and defence.

[13] Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 15-34, notre Cour établit un régime de communication distinct pour les dossiers qui se trouvent en la possession de « tiers » et qui sont « vraisemblablement pertinents » quant à un point en litige. Le tribunal saisi statue sur la demande de communication à l'issue d'une analyse à deux volets. Le requérant doit d'abord prouver que les renseignements contenus dans le dossier sont d'une pertinence vraisemblable. Le tribunal examine ensuite le dossier pour déterminer s'il doit être communiqué à l'accusé — et, le cas échéant, dans quelle mesure il doit l'être; lorsque les renseignements sont pertinents, le droit à la vie privée cède le pas au droit à une défense pleine et entière.

(2) Disclosure in Sexual Offence Cases — the *Mills* Regime

(2) Communication dans une affaire d'infraction d'ordre sexuel — le régime de l'arrêt *Mills*

[14] Beginning in the late 1980s, it became commonplace in sexual offence trials for defence counsel to seek the private records of complainants in order to attack the complainant through invasive (and often inappropriate) credibility probing: *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997. The *Mills* regime, enacted in 1997, was a response to these practices. The provisions of the *Mills* regime are set out in the Appendix. The central idea, according to the preamble to the legislation enacting the regime, is that

> while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

(*An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings*), S.C. 1997, c. 30)

[14] Dès la fin des années 1980, lors d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, il était courant que l'avocat de la défense demande l'accès aux dossiers privés du plaignant afin de miner sa crédibilité de manière attentatoire (et souvent inappropriée) (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997). Adopté en 1997, le régime de l'arrêt *Mills* est venu encadrer cette pratique. Les dispositions qui y correspondent sont reproduites en annexe. Selon le préambule de la loi qui crée le régime, l'idée maîtresse est la suivante :

> . . . si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et [. . .], de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

(*Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)*, L.C. 1997, ch. 30)

The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. In the words of Professor Lise Gotell, the regime was created in order to "to limit what it is that a woman/child complainant must be forced to reveal at trial as the price of her access to the criminal justice system" ("When Privacy is not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records" (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, at p. 745). That approach was upheld by this Court in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, and its constitutionality is not challenged in this appeal.

Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à l'égalité et à la vie privée du plaignant dans les affaires d'infraction à caractère sexuel. Pour reprendre les termes employés par la professeure Lise Gotell, le régime a vu le jour afin [TRADUCTION] « de limiter ce que le plaignant — femme ou enfant — doit être contraint de révéler au procès pour se prévaloir du système de justice pénale » (« When Privacy is not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, p. 745). Notre Cour confirme cette approche dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, et sa constitutionnalité n'est pas contestée dans le pourvoi.

[15] The *Mills* regime governs the disclosure of records containing private information of witnesses and complainants in certain sexual offence prosecutions (*Criminal Code*, 278.1 to 278.91). It establishes a two-part process through which accused persons may apply for disclosure of such records. First, a record — whether in the hands of the Crown, the police, or a third party (s. 278.2(2)) — will only be produced to the court where the trial judge is satisfied that the record is *likely* relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify, and that disclosure to the court is necessary in the interests of justice: s. 278.5. Second, after reviewing the record, the judge may only order disclosure to the accused if the record is likely relevant and disclosure is in the interests of justice: s. 278.7.

[15] Le régime de l'arrêt *Mills* régit la communication à l'accusé d'un dossier qui renferme des renseignements personnels sur un témoin ou sur le plaignant dans les instances relatives à certaines infractions d'ordre sexuel (*Code criminel*, art. 278.1 à 278.91). Il établit une démarche à deux volets. Premièrement, le dossier — qu'il soit en la possession du ministère public, de la police ou d'un tiers (par. 278.2(2)) — n'est communiqué au tribunal que si le juge du procès est convaincu qu'il est *vraisemblablement* pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner, et que si la communication du dossier sert les intérêts de la justice (art. 278.5). Deuxièmement, après examen du dossier, le juge n'ordonne sa communication à l'accusé que s'il est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice (art. 278.7).

[16] Once the Crown obtains a record and determines that it is covered by the *Mills* regime, it must give notice to the accused: *Criminal Code*, s. 278.2(3). While the Crown may not disclose the contents of the record, it should in appropriate circumstances give an assessment of the likely relevance of a record in its possession, as well as indicate the basis of its relevance. At a minimum, the Crown should advise if it intends to use any information contained in records protected by *Mills* as part of its case against an accused. The Crown's assessment that the record is relevant for a specific

[16] Lorsqu'il obtient un dossier puis détermine qu'il relève du régime de l'arrêt *Mills*, le ministère public doit en informer l'accusé (*Code criminel*, par. 278.2(3)). Bien qu'il ne puisse communiquer le contenu du dossier, il doit, lorsque les circonstances s'y prêtent, déterminer si le dossier qu'il a en sa possession est vraisemblablement pertinent ou non et, dans l'affirmative, indiquer ce en quoi il est pertinent. Il doit à tout le moins faire connaître son intention d'invoquer contre l'accusé des renseignements contenus dans un dossier relevant du régime de l'arrêt *Mills*. La conclusion du ministère

reason will likely establish a basis for the judge to order production to the court.

[17] The mere fact that a police occurrence report concerns a complainant or witness is not enough to make the report relevant to an otherwise unrelated prosecution. The *Mills* provisions echo this Court's frequent warnings against relying on myths and stereotypes about sexual assault complainants in assessing the relevance of evidence in the context of sexual assault trials. For example, the fact that a complainant has reported sexual violence in the recent or distant past, provides sexual services for money, or suffers from addiction is not, without more, enough to render a police occurrence report "relevant": see, e.g., *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82 (*per* McLachlin J., dissenting); *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 86-97 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 670-72 (*per* Cory J.). However, occurrence reports which raise legitimate questions about the credibility of the complainant or a witness, or some other issue at trial, will be treated as relevant.

(3) The *McNeil* Duties and the *Mills* Notice Obligation

[18] The Crown's *McNeil* duty to make reasonable inquiries and the corresponding police duty to supply relevant information and evidence to the Crown apply notwithstanding the *Mills* regime. The *Mills* regime governs the *disclosure* of "records" in sexual offence trials, but does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and *obtain* potentially relevant material (or the police duty to pass on material to the Crown) under *McNeil*. As an officer of the court and Minister of Justice, the Crown is duty-bound to seek justice, not convictions, and to avoid wrongful convictions, in the prosecutions of all offences, including sexual offences. The *Mills* regime simply replaces the

public selon laquelle le dossier est pertinent pour un motif précis servira vraisemblablement d'assise à la décision du juge d'ordonner sa communication au tribunal.

[17] Le simple fait que le rapport de police concerne un plaignant ou un témoin ne suffit pas à le rendre pertinent dans le cadre d'une poursuite par ailleurs sans lien. L'adoption des dispositions qui constituent le régime de l'arrêt *Mills* fait suite aux mises en garde répétées de notre Cour contre le recours à des mythes et à des stéréotypes sur les personnes qui portent plainte pour agression sexuelle lorsqu'il s'agit de statuer sur la pertinence d'un élément de preuve dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Par exemple, le fait que le plaignant a signalé un acte de violence sexuelle dans un passé récent ou lointain, qu'il offre des services sexuels contre de l'argent ou qu'il souffre d'une dépendance ne suffit pas à lui seul à rendre un rapport de police « pertinent » (voir p. ex. *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, par. 82 (la juge McLachlin, dissidente); *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 86-97 (la juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 670-672 (le juge Cory)). Cependant, le rapport qui soulève des questions légitimes au sujet de la crédibilité du plaignant ou d'un témoin, ou quelque autre question au procès, est tenu pour pertinent.

(3) Les devoirs imposés par l'arrêt *McNeil* et l'obligation d'informer issue de l'arrêt *Mills*

[18] Malgré le régime de l'arrêt *Mills*, demeurent l'obligation que fait *McNeil* au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables ainsi que l'obligation correspondante de la police de transmettre au ministère public les renseignements et les éléments de preuve pertinents. Le régime s'applique à la *communication* d'un « dossier » dans le cadre d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, mais il ne soustrait pas le ministère public à l'obligation de faire des vérifications raisonnables et d'*obtenir* les éléments susceptibles d'être pertinents (non plus que la police à l'obligation de transmettre les renseignements au ministère public) suivant l'arrêt *McNeil*. En qualité d'officier de justice et de

obligation to *produce* relevant records directly with an obligation to *give notice* of their existence: *Criminal Code*, s. 278.2(3).

ministre de la Justice, le ministère public doit rechercher l'accomplissement de la justice, et non l'obtention de déclarations de culpabilité, et il doit éviter les erreurs judiciaires dans toutes les poursuites, y compris celles pour infractions d'ordre sexuel. Le régime de l'arrêt *Mills* remplace simplement l'obligation de *communiquer* les dossiers pertinents par celle d'*informer* l'accusé de leur existence (*Code criminel*, par. 278.2(3)).

B. *Are Unrelated Police Occurrence Reports "Records"?*

B. *Un rapport de police sans lien avec l'affaire constitue-t-il un « dossier »?*

[19] The issue in this appeal is whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are "records" within the meaning of s. 278.1 of the *Criminal Code*, such that they are subject to the *Mills* regime. Section 278.1 defines "records" as follows:

[19] La question en litige dans le pourvoi est celle de savoir si le rapport de police dressé dans le cadre de l'enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du *Code criminel* de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt *Mills*. Voici comment cet article définit le « dossier » :

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

[20] The determination of whether a document counts as a "record" involves two inquiries. First, does the document contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy? Second, does it fall into the exemption for investigatory and prosecutorial documents? I consider these questions in turn.

[20] Déterminer si un document constitue un « dossier » appelle deux questions. Premièrement, le document contient-il des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? Deuxièmement, tombe-t-il sous le coup de l'exception prévue à l'égard des dossiers d'enquête et de poursuite? J'examine ces questions à tour de rôle.

(1) Documents Attracting a Reasonable Expectation of Privacy

(a) *Section 278.1 Requires a Categorical Approach*

[21] Under the first step of the *Mills* regime, the trial judge makes a preliminary determination of whether a document is a "record" covered by the regime, without seeing the specific document. Only if the judge decides that the document is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and that production to the court is necessary in the interests of justice will the judge then have the opportunity to view and assess the particular document. Therefore, the judge will usually determine whether a record "contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", on the basis of the *type* of document at issue.

[22] The definition of "record" is broad and non-exhaustive. Section 278.1 provides an illustrative list of some of the types of records that usually give rise to a reasonable expectation of privacy. However, documents that do not fall into the listed categories will still be covered by the *Mills* regime if they contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy.

[23] The question here is whether the trial judge committed a reversible error at the preliminary stage by holding that police occurrence reports relating to the complainant were "records" because they generally contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal concluded that the trial judge erred because the definition of "record" under s. 278.1 contemplates the types of personal information disclosed in the context of a "trust-like, confidential or therapeutic relationship" and which an individual would "seek to withhold from the state" (paras. 32-33). In my view, such a restricted approach is not warranted. The trial judge was right to treat the reports as "records" under the *Mills* regime because

(1) Documents conférant une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée

a) *L'article 278.1 commande une approche fondée sur la nature du document*

[21] À la première étape de l'application du régime de l'arrêt *Mills*, le juge du procès décide à titre préliminaire si le document constitue un « dossier » auquel s'applique le régime, mais sans l'avoir sous les yeux. Ce n'est que s'il estime que le document est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice qu'il pourra l'examiner. Le juge détermine donc habituellement si un dossier « con-t[ie]nt des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » en fonction de la *nature* du document en cause.

[22] La définition de « dossier » est large et non exhaustive. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent habituellement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Cependant, les documents qui ne sont pas visés par ces exemples relèvent tout de même du régime de l'arrêt *Mills* s'ils contiennent des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[23] Il nous faut décider en l'espèce si, à l'étape préliminaire, la juge du procès commet une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle conclut que le rapport de police ayant trait au plaignant constitue un « dossier » parce qu'il contient généralement des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La Cour d'appel conclut que la juge fait erreur, car selon la définition qui figure à l'art. 278.1, le « dossier » vise les renseignements personnels communiqués dans le cadre d'une [TRADUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance » et que l'intéressé « ne voudrait pas révéler à l'État » (par. 32-33). À mon sens, une interprétation aussi stricte n'est pas

the reports generally contain information in which there is a reasonable expectation of privacy.

(b) *Reasonable Expectation of Privacy*

[24] In order for a document to constitute a "record" and therefore fall within the *Mills* regime it must be a "record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy": s. 278.1.

[25] The appellant submits that police occurrence reports will often contain deeply personal and potentially embarrassing information, and that witnesses and complainants retain a privacy interest in the reports. The subject of an occurrence report will not expect the report to be disclosed to impeach his or her credibility in an unrelated case.

[26] The respondent agrees with the Court of Appeal that police occurrence reports do not "implicate the types of privacy interests envisioned in s. 278.1 or in *Mills*" (R.F., at para. 58, citing Court of Appeal reasons, at para. 41). The Court of Appeal observed that the complainant cannot have a subjective expectation of privacy in previous complaints to police: she will know, at the time of making a complaint to police, that the information she discloses will end up in a public trial. Moreover, the victim of an attack does not speak to police in the context of a trust-like, confidential, or therapeutic relationship.

(i) General Principles

[27] The assessment of whether there is a reasonable expectation of privacy for purposes of s. 278.1 of the *Criminal Code* draws on the jurisprudence applying s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see *Mills*, at para. 99. That

justifiée. La juge du procès a raison de voir dans le rapport de police un « dossier » emportant l'application du régime de l'arrêt *Mills*, car le rapport contient généralement des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

b) *Attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[24] Pour qu'un document constitue un « dossier » et relève du régime de l'arrêt *Mills*, il doit s'agir d'un « document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (art. 278.1).

[25] L'appelant soutient qu'un rapport de police renferme souvent des renseignements extrêmement personnels et susceptibles d'être embarrassants, et que le témoin ou le plaignant conserve son droit à la vie privée en liaison avec un tel document. La personne concernée par un rapport ne s'attend pas à ce qu'il soit communiqué et serve à miner sa crédibilité dans une autre affaire.

[26] L'intimé convient avec la Cour d'appel que le rapport ne [TRADUCTION] « met pas en jeu un droit à la vie privée de la nature de ceux envisagés à l'art. 278.1 ou dans l'arrêt *Mills* » (m.i., par. 58, citant les motifs de la Cour d'appel, par. 41). La Cour d'appel fait remarquer que la plaignante ne peut avoir d'attente subjective en matière de protection de la vie privée à l'égard de plaintes antérieures; elle sait, au moment où elle porte plainte à la police, que les renseignements qu'elle donne seront révélés lors du procès. En outre, la victime d'une agression ne s'adresse pas à la police dans le contexte d'une relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance.

(i) Principes généraux

[27] L'examen qui vise à déterminer s'il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée aux fins de l'art. 278.1 du *Code criminel* prend appui sur la jurisprudence relative à l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne*

jurisprudence establishes that expectations of privacy must be assessed in light of the "totality of the circumstances" (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19). The circumstances (or nature of the relationship) in which information is shared are not determinative: the reasonable expectation of privacy is not limited to trust-like, confidential, or therapeutic relationships.

des droits et libertés (voir *Mills*, par. 99). Selon cette jurisprudence, l'existence d'une telle attente s'établit en fonction de « l'ensemble des circonstances » (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19). Les circonstances dans lesquelles l'information est partagée ne sont pas décisives, non plus que la nature de la relation entre les intéressés : ce ne sont pas que les relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[28] Unlike much of the jurisprudence under s. 8 of the *Charter*, the analysis of the reasonable expectation of privacy in this case does not concern the right to be free from unreasonable intrusion by the state. Rather, the question is whether it is reasonable to expect that the state will keep information that it has legitimately acquired private from *other* private individuals.

[28] Contrairement à celle qui sous-tend bon nombre des arrêts de jurisprudence relatifs à l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'analyse de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne vise pas en l'espèce le droit d'être protégé contre une atteinte abusive de la part de l'État. La question est plutôt de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce que celui-ci s'abstienne de communiquer à d'*autres* particuliers des renseignements qu'il a légitimement obtenus.

[29] A reasonable expectation of privacy is not an all or nothing concept: *Mills*, at para. 108. A person may have a reasonable expectation that the state will not have access to her hotel room, even if she fully expects hotel staff to enter the premises: *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22, discussing *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318. Equally, a person may divulge information to an individual or an organization with the expectation that it be used only for a specific purpose: *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30. The same principle applies to disclosure to the police.

[29] L'existence ou l'inexistence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n'est pas absolue (*Mills*, par. 108). Une personne peut s'attendre raisonnablement à ce que l'État n'entre pas dans sa chambre d'hôtel, alors qu'elle sait bien que le personnel de l'hôtel y pénétrera (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22, où la Cour examine *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318). De même, une personne peut donner des renseignements à une autre personne ou à une organisation en pensant qu'ils ne seront utilisés qu'à une fin précise (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429-430). Il en va de même des renseignements fournis aux policiers.

[30] In this case, the question is whether the subjects of police occurrence reports could reasonably expect the police to safeguard their private information, unless and until disclosure is justified. After describing the information contained in the reports, I will discuss the privacy interests engaged by that information. Finally, I will address the implications arising from the fact that the reports are in the hands of police.

[30] Il nous faut en l'espèce décider si une personne visée par un rapport de police peut raisonnablement s'attendre à ce que la police protège ses renseignements personnels, sauf si cette dernière est justifiée de les communiquer. Après la teneur du rapport, je me penche ci-après sur le droit à la vie privée que mettent en jeu ces renseignements. J'examinerai ensuite, en dernier lieu, les conséquences de la possession du rapport par la police.

(ii) The Information in Police Occurrence Reports

[31] Police occurrence reports contain information disclosed to police by the persons concerned, by third parties, or obtained by police through search, seizure, surveillance, or information sharing.

[32] This Court observed in *McNeil*, at para. 19:

> Criminal investigative files may contain highly sensitive material including: outlines of unproven allegations; statements of complainants or witnesses — at times concerning very personal matters . . . .

[33] Police occurrence reports may reveal family status, health information (including statements concerning mental health or the use of drugs and alcohol), and details about housing and employment. They may reveal personal conflicts or details about relationships between individuals. See P. C. Keen, "*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*" (2013), 4 C.R. (7th) 56, at pp. 60-61. Moreover, they very often reveal the extent of an individual's engagement with the criminal justice system. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults.

(iii) The Price of Disclosure

[34] The disclosure of the information described above engages complainants' and witnesses' "[i]nformational privacy", "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others" (*Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7). As L'Heureux-Dubé J. observed in *O'Connor*, at para. 119:

(ii) Les renseignements contenus dans le rapport de police

[31] Le rapport de police consigne les renseignements fournis aux policiers par la personne concernée ou par un tiers, ou ceux obtenus au moyen d'une fouille, d'une perquisition, d'une saisie, d'une opération de surveillance ou d'un échange de renseignements.

[32] Dans *McNeil*, la Cour fait remarquer ce qui suit au par. 19 :

> En effet, les dossiers d'enquête criminelle peuvent contenir des renseignements de nature très délicate tels que des exposés sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi, des déclarations de plaignants ou de témoins — parfois à propos de questions très personnelles . . .

[33] Un rapport de police peut révéler l'état matrimonial d'une personne, des renseignements médicaux à son sujet (y compris des déclarations sur sa santé mentale ou sa consommation de drogues ou d'alcool), ainsi que des précisions sur son logement et son emploi. Il peut faire état de conflits personnels ou donner des précisions sur les liens qui unissent des particuliers. Voir P. C. Keen, « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56, p. 60-61. De plus, il dévoile bien souvent les démêlés de l'intéressé avec le système de justice criminelle. Mais surtout, il peut révéler l'existence d'incidents antérieurs où le témoin ou le plaignant a été victime d'un acte criminel, y compris une agression sexuelle.

(iii) Le prix de la communication

[34] La communication de telles données met en jeu le [TRADUCTION] « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » des plaignants et des témoins, soit [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (*Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7). Comme le fait observer la juge L'Heureux-Dubé dans *O'Connor*, par. 119 :

Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

The disclosure of police occurrence reports that contain intimate personal information — such as details of previous allegations of sexual assault — may do particularly serious violence to the dignity and self-worth of an affected person.

La communication d'un rapport contenant des renseignements intimes et personnels, telles des précisions sur des allégations antérieures d'agression sexuelle, est particulièrement susceptible de porter gravement atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'intéressé.

[35] The *Mills* regime regulates disclosure in the context of a criminal trial: information that is disclosed will often be exposed in court. Significantly, even where the information is not used in the trial, it will certainly be seen by the accused, who will often be known to the affected person, and whose use of the information is not subject to the legal oversight of the *Charter* or privacy legislation that applies when such information is given to law enforcement. Consequently, disclosure may involve a more serious violation of the complainant's dignity than disclosure to the state.

[35] Le régime de l'arrêt *Mills* encadre la communication dans le contexte d'un procès au pénal : les renseignements communiqués seront souvent exposés devant le tribunal. Il importe de signaler que même les données qui ne sont pas utilisées au procès sont certainement portées à la connaissance de l'accusé, qui est souvent une personne que connaît l'intéressé et qui, lorsqu'il utilise ces renseignements, n'est assujetti ni à la *Charte*, ni aux règles d'une loi sur la protection de la vie privée applicables à la transmission de tels renseignements aux autorités chargées de l'application de la loi. Cette communication peut donc porter plus gravement atteinte à la dignité du plaignant que la communication de renseignements à l'État.

[36] There are tangible harms associated with disclosure of personal information in the context of prosecutions for sexual offences, particularly when information about the complainant is disclosed to the person accused of sexually assaulting her. In the preamble to the legislation enacting the *Mills* regime, Parliament recognized "that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police". Victims of sexual offences will be less likely to come forward if they know that doing so will entail disclosure of their past interactions with police to the very person who they claim has wronged them.

[36] Certains préjudices tangibles sont associés à la communication de renseignements personnels dans le cadre d'une poursuite pour infraction d'ordre sexuel, surtout lorsque les renseignements sur le plaignant sont communiqués à la personne accusée de l'avoir agressé. Dans le préambule de la loi qui crée le régime de l'arrêt *Mills*, le législateur reconnaît « que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles ». Les victimes d'agressions sexuelles qui sauront que, si elles portent plainte, leurs démêlés antérieurs avec la police seront communiqués à la personne accusée de les avoir agressées seront moins susceptibles de dénoncer leur agresseur.

(iv) The Effect of Third Party Disclosure on Expectations of Privacy

[37] It bears repeating that privacy is not an all or nothing concept; rather, "[p]rivacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged" (*Mills*, at para. 108). Consequently, the fact that information about a person has been disclosed to a third party does not destroy that person's privacy interests. Because the contents of occurrence reports will be disclosed under *certain* circumstances does not mean that there is not a reasonable expectation of privacy in those records.

[38] The Court of Appeal erred in concluding that the complainant could not have a reasonable expectation of privacy because the information was disclosed outside the context of a "trust-like, confidential or therapeutic relationship". While such relationships may give rise to heightened privacy interests, their absence is not dispositive. Whether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a contextual inquiry.

[39] Where an individual voluntarily discloses sensitive information to police, or where police uncover such information in the course of an investigation, it is reasonable to expect that the information will be used for the purpose for which it was obtained: the investigation and prosecution of a particular crime. Similarly, it is reasonable to expect individual police officers to share lawfully gathered information with other law enforcement officials, provided the use is consistent with the purposes for which it was gathered.

[40] However, when the government divulges sensitive information to private individuals this may

(iv) Les conséquences de la communication de renseignements à un tiers sur l'attente en matière de protection de la vie privée

[37] Il convient de rappeler que le droit à la vie privée n'est pas un droit de nature absolue. « Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l'attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu'ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués » (*Mills*, par. 108). Par conséquent, la communication à un tiers de renseignements sur une personne ne supprime pas le droit au respect de la vie privée de celle-ci. La communication du contenu d'un rapport de police dans *certaines* circonstances n'écarte pas l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée que confère ce document.

[38] La Cour d'appel a tort de conclure que la plaignante ne pouvait avoir d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée parce que les renseignements n'ont pas été communiqués dans le contexte d'une [TRADUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance ». L'existence d'une telle relation peut certes accroître la portée du droit à la protection de la vie privée, mais son inexistence n'est pas décisive. L'analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de s'attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle.

[39] Lorsqu'un particulier communique de son gré des renseignements délicats à la police ou que celle-ci les découvre au cours d'une enquête, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les renseignements servent dans le but pour lequel ils ont été obtenus, à savoir l'enquête et la poursuite relatives à un acte criminel. De même, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les policiers partagent des renseignements légalement obtenus avec d'autres responsables de l'application de la loi, à condition que leur utilisation soit compatible avec les fins de leur obtention.

[40] Cependant, l'État qui communique des renseignements délicats à un particulier peut porter

violate reasonable expectations of privacy. For example, if police were to publicly broadcast a wiretap recording this would clearly constitute an interference with privacy (see *Escher v. Brazil*, Inter-American Court of Human Rights, judgment of July 6, 2009, series C, No. 200, at paras. 157-58) as well as a violation of s. 193(1) of the *Criminal Code*. To indiscriminately publicize the contents of police occurrence reports would result in similar interference.

atteinte à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Par exemple, il y aurait manifestement atteinte à la vie privée si la police diffusait publiquement l'enregistrement d'une conversation par suite d'écoute électronique (voir *Escher c. Brazil*, Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, jugement du 6 juillet 2009, série C, nº 200, par. 157-158), ainsi que violation du par. 193(1) du *Code criminel*. Publier indistinctement les données contenues dans un rapport de police entraînerait une atteinte semblable.

[41] That is not to say that all disclosures of personal information by the police unreasonably intrude upon privacy. Where private information becomes part of a criminal case, the disclosure of that information to the court, the accused, and to the public is reasonable and unavoidable. For example, police occurrence reports made in the course of the investigation of the offence being prosecuted must be disclosed under *Stinchcombe*.

[41] Néanmoins, la police ne porte pas déraisonnablement atteinte au droit à la vie privée chaque fois qu'elle communique des renseignements personnels. La communication au tribunal, à l'accusé et au public des renseignements personnels qui sont versés au dossier d'une instance criminelle est à la fois raisonnable et inévitable. Par exemple, le rapport de police dressé lors de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure doit être communiqué suivant les règles de l'arrêt *Stinchcombe*.

[42] But what of police occurrence reports that were made in connection with separate incidents, rather than as part of the investigation into the offence being prosecuted? There will certainly be times when the disclosure of such records is necessary to ensure a fair trial. Consequently, the *Mills* regime gives trial judges the power to disclose records under such circumstances. The judge must balance the privacy of complainants and witnesses against ensuring the disclosure necessary to make full answer and defence. However, the fact that a record might be disclosed under appropriate circumstances does not nullify the expectation of privacy in that record in general.

[42] Mais qu'en est-il du rapport de police dressé relativement à un incident distinct, et non dans le cadre de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure? Il peut certainement arriver que sa communication soit nécessaire à l'équité du procès. Dans ce cas, le régime de l'arrêt *Mills* confère donc au juge du procès le pouvoir de le communiquer. Le juge doit alors mettre en balance le droit du plaignant ou du témoin à sa vie privée avec la nécessité de la communication pour la défense pleine et entière de l'accusé. Le fait qu'un dossier puisse être communiqué lorsque les circonstances le justifient ne fait toutefois pas disparaître l'attente en matière de protection de la vie privée qui s'y rattache généralement.

[43] People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals.

[43] Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d'assurer leur propre protection et celle d'autrui. Ils sont en droit de s'attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée.

(c) *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[44] Fundamentally, the privacy analysis turns on a normative question of whether we, as a society, should expect that police occurrence reports will be kept private. Given the sensitive nature of the information frequently contained in such reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, it seems to me that there will generally be a reasonable expectation of privacy in police occurrence reports.

(d) *Personal Information Protected by Legislation*

[45] The appellant Crown submits that police occurrence reports are "records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature" and are therefore "records" for purposes of s. 278.1. The trial judge held that police occurrence reports "contain personal information protected by provincial legislation" (2009 CanLII 73645, at para. 18). Given my conclusion that such reports contain information in which there is a reasonable expectation of privacy, it is unnecessary to decide whether they are protected by the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

(2) The Exemption for Investigatory and Prosecutorial Records

[46] Even records that give rise to a reasonable expectation of privacy are not covered by the *Mills* regime if they fall into the exemption contained in s. 278.1:

278.1 . . . "record" . . . does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 . . . N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

c) *Conclusion sur l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[44] Fondamentalement, l'analyse relative à la protection de la vie privée se ramène à une question normative : devons-nous, en tant que société, nous attendre à ce qu'un rapport de police demeure confidentiel? Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus dans ce document et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport me paraît conférer généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

d) *Renseignements personnels protégés par la loi*

[45] Le ministère public appelant prétend qu'un rapport de police constitue un « document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale » et qu'il s'agit donc d'un « dossier » au sens de l'art. 278.1. La juge du procès conclut que le rapport [TRADUCTION] « renferme des renseignements personnels protégés par une loi provinciale » (2009 CanLII 73645, par. 18). Vu ma conclusion selon laquelle ce document renferme des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, il est inutile de décider s'il bénéficie de la protection de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.

(2) L'exception prévue pour les dossiers d'enquête et de poursuite

[46] Même le dossier qui justifie une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n'est pas assujetti au régime de l'arrêt *Mills* s'il est visé par l'exception prévue à l'art. 278.1 :

278.1 . . . N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure

278.1 . . . "record" . . . does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

[47] The trial judge held that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations. Other courts have generally reached the same conclusion: see, e.g., *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, at paras. 36-38; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (Ont. S.C.J.).

[48] The Court of Appeal, however, held that the exemption applies to all records made by the responsible police force, whether or not they were made in relation to the offence at issue. The Court of Appeal relied on the plain wording of the English version of the provision, the view that such records are unlikely to engage privacy interests, and this Court's description of the exemption, in *Mills*, as "excluding investigatory or prosecutorial records" (para. 39, citing *Mills*, at para. 50).

[49] With respect, I do not agree with the Court of Appeal's interpretation of the exception. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of the Court of Appeal's interpretation, I conclude that the trial judge correctly interpreted the exemption to exclude only those records made in relation to the offence at issue.

(a) *The Text of the Provision*

[50] The trial judge reasoned that "[t]he words 'records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence' must be limited by 'the' offence", encompassing only records made in relation to the offence at issue (2009 CanLII 73645, at para. 20). The Court of Appeal, on the other hand, emphasized that the exemption refers only to the creators of the records — the police and prosecution services — not to the purpose for which they are made. In my view the English text, read in isolation, could bear both meanings.

[51] However, the French "*le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite* <u>*relativement à l'infraction qui fait l'objet*</u>

[47] La juge du procès conclut que l'exception s'applique seulement aux dossiers établis relativement à l'infraction en cause, et non aux rapports rédigés dans le cadre d'autres enquêtes. D'autres tribunaux arrivent généralement à la même conclusion (voir p. ex. *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, par. 36-38; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (C.S.J. Ont.)).

[48] La Cour d'appel conclut toutefois que l'exception vaut pour tous les dossiers produits par le service de police responsable, qu'ils se rapportent ou non à l'infraction en cause. Elle invoque à l'appui le libellé clair de la version anglaise de la disposition, l'improbabilité que ces dossiers mettent en jeu un droit à la vie privée et la définition de l'exception qu'elle reprend de l'arrêt *Mills* — « à l'exclusion des dossiers d'enquête et ceux de la poursuite » (par. 39, citant *Mills*, par. 50).

[49] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'exception. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences de l'interprétation de la Cour d'appel, j'estime que la juge du procès conclut à juste titre que l'exception exclut seulement les dossiers produits relativement à l'infraction considérée.

a) *Le libellé de la disposition*

[50] La juge du procès explique que [TRADUCTION] « [l]a portée de l'énoncé "*records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence*" est restreinte par l'emploi des mots "*the*" *offence* », de sorte que seuls sont visés les dossiers produits relativement à l'infraction en cause (2009 CanLII 73645, par. 20). En revanche, la Cour d'appel souligne que l'application de l'exception à un dossier dépend de la personne qui le produit — la police et le service des poursuites —, et non de la raison pour laquelle il est produit. À mon avis, considérée isolément, la version anglaise peut s'entendre des deux.

[51] Or, le libellé français — « le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite <u>relativement à l'infraction qui fait l'objet</u>

de la procédure" can only mean that the exemption applies to records made by police or prosecutors *in relation to* the offences at issue.

[52] The Court of Appeal did not address the French version of the provision, because the Crown's position in that court was that the French text was amenable to both interpretations. Before this Court, the Crown resiled from that position. Because the word "*relativement*" is an adverb, the expression "*relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure*" must modify the expression "*qui est produit*". The word "*relativement*" cannot modify the nouns "*enquête*" or "*poursuite*". If the last clause of the exemption were intended to apply to "*enquête*" and "*poursuite*", the grammatically correct phrase would be "*de l'enquête ou de la poursuite relative à l'infraction qui fait l'objet de la procédure*".

[53] Section 133 of the *Constitution Act, 1867* establishes that Parliament enacts legislation in both French and English. This "means that both language versions of a bilingual statute or regulation are official, original and authoritative expressions of the law" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 95). It is a rule of statutory interpretation that where the version in one language can bear two meanings, only one of which is consistent with the version in the other language, the shared meaning governs: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 28.

(b) *The Purpose of the Exemption in Section 278.1*

[54] The *Mills* regime serves two goals: first, the regime protects the privacy of complainants and witnesses, and second, it preserves the fair trial rights of the accused.

[55] The definition of "record" in s. 278.1 serves a gatekeeping function within the regime. The reasonable expectation of privacy test sweeps in records that merit the protection afforded by the *Mills* regime. The exemption further contributes to the gatekeeping role of the section by bypassing

de la procédure » — ne peut faire bénéficier de l'exception que le dossier produit par la police ou par le poursuivant *relativement à* l'infraction en cause.

[52] La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur la version française de la disposition parce que le ministère public a soutenu devant elle que la version française se prêtait aux deux interprétations. Le ministère public rompt aujourd'hui avec cette position. Étant donné la nature adverbiale du mot « relativement », l'énoncé « relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure » se rattache nécessairement au groupe « qui est produit ». L'adverbe « relativement » ne peut se rapporter aux substantifs « enquête » ou « poursuite ». Si la dernière partie du texte établissant l'exception devait s'appliquer à l'« enquête » et à la « poursuite », la formulation correcte du point de vue grammatical serait « de l'enquête ou de la poursuite *relative* à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ».

[53] Selon l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le législateur adopte les lois en français et en anglais, de sorte que [TRADUCTION] « les versions dans l'une et l'autre langues d'une loi ou d'un règlement bilingue sont officielles et originales et font foi du droit applicable » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 95). Une règle d'interprétation législative veut que lorsque l'une des deux versions peut avoir deux sens dont un seul correspond à celui de l'autre version, il convient de retenir le sens commun (*R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 28).

b) *L'objet de l'exception prévue à l'article 278.1*

[54] Le régime de l'arrêt *Mills* a deux objectifs : d'abord, protéger la vie privée du plaignant ou du témoin et, ensuite, garantir le droit de l'accusé à un procès équitable.

[55] La définition du mot « dossier » à l'art. 278.1 balise l'application du régime. Le critère de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée assimile à un dossier tout document qui justifie la protection offerte par le régime de l'arrêt *Mills*. L'exception ajoute à ce balisage en passant outre

the balancing process for records that Parliament recognized should always be produced.

[56] Records created in the investigation of the offence are presumptively relevant to an issue at trial and it is in the interests of justice for the case against the accused to be disclosed to the defence. There is no need to consider such records under the second step of *Mills* because they will always be produced anyway — the exemption is eminently logical. However, for records unrelated to the offence at issue, the balancing exercise will often have important work to do. The rationale for the exemption does not apply, and to bypass the balancing process on the grounds that the document was made by the same police force that investigated the claim would not accord with the goals of the scheme.

(c) *Incongruous Consequences of a Broad Exemption*

[57] If the s. 278.1 exemption excluded all documents made by the police force and prosecution agency — even those unrelated to the offence — the consequences would be illogical. This would mean that unrelated police occurrence reports would be treated differently depending on whether they were made by members of the investigating police force or members of a different police force. If Parliament wanted to exempt unrelated police and prosecution documents from the *Mills* regime, it is hard to see why it would have excluded only those documents made by some police departments and not others.

[58] This would mean that an accused whose case was investigated by a large police force would be more likely to get easy access to occurrence reports than if the case was investigated by a small force. For example, where the RCMP is involved in an investigation, the Court of Appeal's interpretation of the

à la mise en balance applicable aux dossiers dont le législateur reconnaît qu'ils doivent toujours être communiqués.

[56] On présume que le dossier constitué dans le cadre de l'enquête sur l'infraction se rapporte à une question en litige au procès et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la preuve dont dispose la poursuite contre l'accusé soit communiquée à la défense. Il n'y a pas lieu d'examiner ce dossier à la deuxième étape de la démarche établie par l'arrêt *Mills* puisqu'il doit être communiqué de toute façon; l'application de l'exception est éminemment logique. Cependant, en ce qui concerne les dossiers qui sont sans lien avec l'infraction en cause, la mise en balance sera souvent déterminante. La raison d'être de l'exception ne vaut pas, et il serait contraire aux objectifs du régime de contourner cette pondération pour le seul motif que le document a été produit par le même service de police que celui qui a enquêté sur la plainte.

c) *Conséquences absurdes d'une interprétation large de l'exception*

[57] Si l'exception prévue à l'art. 278.1 soustrayait à l'application du régime *Mills* tous les documents produits par la police et le service des poursuites — même ceux qui ne sont pas liés à l'infraction —, il en résulterait des conséquences illogiques. En effet, les rapports de police sans lien avec l'affaire seraient considérés différemment selon qu'ils ont été produits par le service de police responsable de l'enquête ou par un autre service de police. Si le législateur a voulu soustraire à l'application du régime de l'arrêt *Mills* les dossiers de police et de poursuite sans lien avec l'affaire, on comprend mal qu'il ait seulement exclu les documents produits par certains services de police et pas ceux produits par d'autres.

[58] Ainsi, un accusé aurait plus facilement accès à un rapport de police lorsque l'enquête a été menée par un service de police aux attributions importantes plutôt que par un service de police aux attributions plus modestes. Par exemple, lorsque la GRC participe à une enquête, le rapport qu'elle

exemption would waive the *Mills* regime for RCMP occurrence reports from across the country.

(d) *Application of the Exemption to Other Third Party Documents in the Investigative File*

[59] I would reject the submission of the intervener the Attorney General of Alberta that all documents in the investigative file — all of the fruits of the investigation — are covered by the exemption. This point was not addressed in the courts below, and was raised only at oral argument.

[60] The English and French versions of the provision, considered in isolation, provide some support for the intervener's position. The terms "record" and "*dossier*" can refer to individual documents or to collections of documents such as case files. Consequently, on a purely textual basis, one might think that the exemption covers the investigative "record" in its entirety, as opposed to only individual "records".

[61] However, the scheme and purpose of the regime run counter to such an interpretation. Section 278.2(2) of the *Criminal Code* provides that the *Mills* regime applies to records "in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings". Hence the *Mills* regime operates in part as an exception to the Crown's obligation to produce the fruits of the investigation.[1] If the exemption captured all documents in the investigative file — all the fruits of the investigation — the *Mills* regime would not perform this function or protect privacy interests the regime was meant to serve. The fact that documents in the investigative file may generally be presumed to be relevant does not mean that the privacy value of those documents will always be outweighed. For example, where police obtain a highly sensitive therapeutic record without waiver, to exclude the record from the

1 The legislative history of the *Mills* regime further confirms that it was intended to apply to third party records in the hands of the police or the Crown: see, e.g., *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, at p. 7664 (Gordon Kirkby); *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, at pp. 9361-62 (Shaughnessy Cohen).

rédige où que ce soit au pays échapperait au régime de l'arrêt *Mills*, selon l'interprétation de l'exception par la Cour d'appel.

d) *Application de l'exception aux autres documents de tiers versés au dossier d'enquête*

[59] Je rejette la thèse du procureur général de l'Alberta voulant que tous les documents versés au dossier d'enquête — la totalité des fruits de l'enquête — soient visés par l'exception. Ce point n'a pas été abordé devant les tribunaux inférieurs, et il n'a été soulevé qu'en plaidoirie devant notre Cour.

[60] Interprétées isolément, les versions française et anglaise de la disposition appuient dans une certaine mesure la thèse de l'intervenant. Les mots « dossier » et « *record* » peuvent renvoyer à un document individuel ou à un ensemble de documents, comme le dossier de l'enquêteur. Par conséquent, selon une interprétation purement textuelle, on pourrait penser que l'exception s'applique au « dossier » d'enquête dans sa totalité, et non aux « documents » individuels.

[61] L'économie du régime et son objet vont toutefois à l'encontre d'une telle interprétation. Le paragraphe 278.2(2) du *Code criminel* dispose que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique aux dossiers qui sont « en la possession ou sous le contrôle du poursuivant ». Ainsi, le régime s'applique en partie de manière à soustraire le ministère public à son obligation de produire les fruits de l'enquête[1]. Si l'exception visait tous les documents que contient le dossier d'enquête, soit tous les fruits de l'enquête, le régime de l'arrêt *Mills* n'aurait pas cet effet et il ne protégerait pas le droit à la vie privée comme il est censé le faire. Même si les documents versés au dossier d'enquête peuvent généralement être tenus pour pertinents, leur valeur sur le plan de la protection de la vie privée ne sera pas toujours supplantée. Par exemple, lorsque la police obtient un dossier thérapeutique de nature très délicate en

1 L'historique législatif du régime de l'arrêt *Mills* confirme en outre l'intention du législateur qu'il s'applique au dossier d'un tiers se trouvant en la possession de la police ou du ministère public (voir p. ex. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997, p. 7664 (Gordon Kirkby); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 150, 2e sess., 35e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362 (Shaughnessy Cohen)).

scrutiny of the *Mills* regime simply because it is included in the investigative file would undermine the purposes of the regime. I would therefore reject the suggestion that the exemption excludes all documents made by third parties simply because they are placed in the investigative or prosecution file.

(e) *The Effect on Trial Fairness*

[62] The respondent and the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario raise concerns about the effect of an expansive interpretation of "records" in s. 278.1 on trial fairness. A broad interpretation of "records" means that the *Mills* regime applies to a larger number of documents. While this furthers Parliament's objective of protecting the privacy of complainants and witnesses, it may also impose procedural burdens on defendants and create the risk that some helpful documents would not be available to the defence. However, largely for the reasons set out in *Mills*, I do not think these concerns require a narrower reading of s. 278.1.

[63] Documents protected by the *Mills* regime are not inaccessible to the defence. Defendants can access records when the privacy infringement is proportionate, given the relevance of the record to the defence. Where the Crown plans to use information from police occurrence reports as part of its case against an accused, disclosure of that information will always be in the interests of justice. In *Mills*, this Court held that the process for accessing documents was adequate to preserve the constitutionality of the regime.

[64] The principles of fundamental justice and trial fairness do not guarantee defence counsel the right to precisely the same privileges and procedures as the Crown and the police (*Mills*, at para. 111). Nor is the right to a full answer and defence a right to pursue every conceivable tactic to be used in defending oneself against criminal

l'absence d'une renonciation, soustraire le dossier à l'application du régime de l'arrêt *Mills* simplement parce qu'il fait partie du dossier d'enquête irait à l'encontre des objectifs du régime. Je suis donc d'avis de rejeter la thèse selon laquelle l'exception soustrait à l'application du régime tous les documents produits par des tiers pour le seul motif qu'ils sont versés au dossier d'enquête ou au dossier de poursuite.

e) *L'effet sur l'équité du procès*

[62] L'intimé et l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario disent craindre l'effet sur l'équité du procès d'une interprétation large du mot « dossier » employé à l'art. 278.1. Pareille interprétation large de ce mot emporte l'application du régime de l'arrêt *Mills* à un nombre accru de documents. Même si elle va dans le sens de la réalisation de l'objectif du législateur — protéger la vie privée du plaignant ou du témoin —, elle peut aussi accroître les obligations du défendeur sur le plan procédural et présenter le risque que certains documents utiles soient mis hors de portée de la défense. Cependant, en grande partie pour les motifs exposés dans l'arrêt *Mills*, je ne pense pas que ces craintes commandent une interprétation stricte de l'art. 278.1.

[63] Les documents protégés par le régime de l'arrêt *Mills* ne sont pas rendus inaccessibles à la défense. Le défendeur peut obtenir accès au dossier lorsque l'atteinte à la vie privée est proportionnée compte tenu de l'importance du dossier pour la défense. Dans le cas où le ministère public entend utiliser contre l'accusé les renseignements contenus dans un rapport de police, la communication de ces renseignements sert toujours les intérêts de la justice. Dans *Mills*, notre Cour conclut que la démarche à accomplir pour obtenir la communication d'un dossier est garante de la constitutionnalité du régime.

[64] Les principes de justice fondamentale et l'équité du procès n'exigent pas que l'avocat de la défense bénéficie exactement des mêmes privilèges et de la même procédure que le ministère public et la police (*Mills*, par. 111). Le droit à une défense pleine et entière ne confère pas non plus à la personne accusée d'un acte criminel le droit

prosecution. The right to a full answer and defence is not without limit.

[65] Because the Crown is an officer of the court, with undivided loyalty to the administration of justice, the Crown is not in an adversarial role in relation to its disclosure obligations. The information obtained through investigation is "not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done" (*Stinchcombe*, at p. 333). The Crown has an obligation under s. 278.2(3) of the *Criminal Code*, to notify the accused of records in its possession covered by the *Mills* regime. Moreover, as discussed above, both police and Crown have common law duties aimed at ensuring proper disclosure, which apply notwithstanding the application of the *Mills* regime.

(f) *Conclusion on the Exemption*

[66] For these reasons, I conclude that s. 278.1 exempts records made in relation to the offence being prosecuted, not other records made by the same police or prosecution agencies.

V. Disposition

[67] It follows from this analysis that the police occurrence reports mentioned in the CBC radio documentary were subject to the *Mills* regime for disclosure, not *Stinchcombe*. The trial judge was right to require a *Mills* application before disclosing them to the defence, and the Court of Appeal was wrong to interfere. The trial judge's application of the *Mills* regime was not challenged before us. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

de recourir à toutes les tactiques possibles pour se défendre. Le droit à une défense pleine et entière connaît certaines limites.

[65] L'avocat du ministère public est un officier de justice entièrement dévoué à la bonne administration de la justice. Il n'a aucun intérêt particulier à défendre et doit se soumettre aux obligations de communication. Les renseignements issus de l'enquête « n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue » (*Stinchcombe*, p. 333). Le paragraphe 278.2(3) du *Code criminel* fait obligation au ministère public d'informer l'accusé des dossiers relevant du régime de l'arrêt *Mills* qu'il a en sa possession. En outre, je le rappelle, la common law impose à la police et au ministère public des obligations dont la raison d'être est d'assurer une communication suffisante et qui s'appliquent indépendamment du régime de l'arrêt *Mills*.

f) *Conclusion sur l'exception*

[66] Pour ces motifs, je conclus que l'art. 278.1 fait bénéficier d'une exception les dossiers produits relativement à l'infraction faisant l'objet de la procédure, et non les autres dossiers produits par le même service de police ou par le même service des poursuites.

V. Dispositif

[67] Il découle de l'analyse qui précède que les rapports de police mentionnés dans le documentaire diffusé à la radio par la CBC relevaient des règles de l'arrêt *Mills*, et non des règles de l'arrêt *Stinchcombe*. La juge du procès a eu raison de statuer qu'il fallait présenter une demande sur le fondement du régime de l'arrêt *Mills* pour que les rapports puissent être communiqués à la défense, et la Cour d'appel a eu tort de modifier sa décision. L'application du régime de l'arrêt *Mills* par la juge du procès n'est pas contestée devant notre Cour. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'appel de la peine à la Cour d'appel.

[68] I would grant the motion to strike para. 10 of the respondent's factum, but dismiss the motion to strike para. 11. I would also grant the motion to strike the appellant's reply factum.

[68] Je suis d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du par. 10 du mémoire de l'intimé, mais de rejeter la requête visant la radiation du par. 11. Je suis également d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du mémoire en réplique de l'appelante.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

(*a*) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

(*b*) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(*c*) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (*a*) to (*c*), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 :

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1er janvier 1988.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est

control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

278.3 (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(*a*) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(*b*) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(*a*) that the record exists;

(*b*) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(*c*) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(*d*) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(*e*) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne :

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner :

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

(*f*) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(*g*) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(*h*) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(*i*) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(*j*) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(*k*) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

278.4 (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

278.5 (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

(*a*) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);

(*b*) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and

(*c*) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

278.6 (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit :

a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);

b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;

c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier

shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

278.7 (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

(*a*) that the record be edited as directed by the judge;

(*b*) that a copy of the record, rather than the original, be produced;

(*c*) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;

(*d*) that the record be viewed only at the offices of the court;

(*e*) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and

ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)*a*) à *h*).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment :

a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;

b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;

c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;

e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

(*f*) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

278.8 (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

278.9 (1) No person shall publish in any document, or broadcast or transmit in any way, any of the following:

(*a*) the contents of an application made under section 278.3;

(*b*) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(*c*) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

278.9 (1) Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit :

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

278.91 For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Ottawa Police Service, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé : Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Service de police d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

James Peter Sipos *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervener*

Indexed as: R. *v.* Sipos

2014 SCC 47

File No.: 35310.

2014: April 15; 2014: July 10.

Present: LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Dangerous offenders — Courts — Curative powers — Fresh evidence — Trial judge declaring accused to be dangerous offender without considering long-term offender designation — Whether trial judge committed error of law — Whether Court of Appeal erred by using curative powers and upholding dangerous offender designation — Role of fresh evidence in dangerous offender designation appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 759.

In 1996, a jury convicted the accused of multiple sexual offences and physical assaults. In 1998, the accused was declared a dangerous offender and given an indeterminate sentence. Between the time of the convictions and the decision on the dangerous offender proceeding, the *Criminal Code* was amended to add a new designation of long-term offenders. The sentencing judge did not consider a long-term offender designation before declaring the accused to be a dangerous offender. In 2012, the Court of Appeal heard an appeal from the sentence. The accused filed fresh evidence consisting of a risk assessment created in 2010 and information about his performance in sexual offender programs while in custody. A psychiatrist opined that the accused continued to meet the standard for being found a dangerous offender

James Peter Sipos *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenante*

Répertorié : R. *c.* Sipos

2014 CSC 47

N^o^ du greffe : 35310.

2014 : 15 avril; 2014 : 10 juillet.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Appels — Délinquants dangereux — Cours — Pouvoirs réparateurs — Nouveaux éléments de preuve — Accusé déclaré délinquant dangereux par le juge du procès sans qu'il soit tenu compte de la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant ses pouvoirs réparateurs et en confirmant la déclaration de délinquant dangereux? — Quel rôle doivent jouer les nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 759.

En 1996, un jury a déclaré l'accusé coupable de multiples infractions de nature sexuelle et d'agressions physiques. En 1998, l'accusé a été déclaré délinquant dangereux et s'est vu infliger une peine de détention d'une durée indéterminée. Entre les prononcés de culpabilité et la décision sur le statut de délinquant dangereux, le *Code criminel* a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler ». Le juge chargé de statuer sur la peine n'a pas tenu compte de cette possibilité avant de déclarer l'accusé délinquant dangereux. En 2012, la Cour d'appel a été saisie d'un appel relatif à la peine. L'accusé a déposé de nouveaux éléments de preuve, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu'il avait suivis durant

but also that some factors suggested suitability for release in 2016 with 10 years long-term supervision. The Court of Appeal admitted the fresh evidence. It held that the sentencing judge committed a legal error by not considering the long-term offender provisions. However, it applied its curative powers and upheld the dangerous offender designation.

sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée en 2010. Un psychiatre a exprimé l'opinion que l'accusé satisfaisait toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux, mais aussi que, selon certains facteurs, il y avait une possibilité qu'il puisse être remis en liberté vers 2016, s'il faisait ensuite l'objet d'une surveillance de longue durée de 10 ans. La Cour d'appel a admis les nouveaux éléments de preuve et a conclu que le juge qui a prononcé la peine a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des dispositions sur les délinquants à contrôler. Cependant, elle a exercé ses pouvoirs réparateurs et confirmé la déclaration de délinquant dangereux.

Held: The appeal should be dismissed.

Arrêt : L'appel est rejeté.

An offender may appeal a dangerous offender designation on any ground of law or fact or mixed law and fact. Appellate review is concerned with legal errors and whether the designation was reasonable. An appellate court may exercise its curative power despite a legal error if there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made. On dangerous offender appeals, the test set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, governs the admissibility of fresh evidence. Fresh evidence addressing events between the time of sentencing and the time of the appeal raises competing values. Changes cannot be ignored but routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and could surpass the appropriate bounds of appellate review. The appellate process should be both responsive to the demands of justice and respectful of the limits of appellate review.

Un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration de délinquant dangereux sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. Le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable. Une cour d'appel peut exercer son pouvoir réparateur même en présence d'une erreur de droit s'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Dans le contexte de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux, c'est le test énoncé dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, qui régit l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve. L'introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l'appel met en présence des valeurs opposées. Il n'est pas possible de faire abstraction des changements, mais trancher régulièrement des appels de sentence sur le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel. Le processus d'appel doit répondre aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujetti le contrôle en appel.

Fresh evidence generally has little role to play when determining whether the curative power should be exercised. In dangerous offender appeals, an appellate court may use its curative power only where there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. The exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. The appellate court must consider whether the legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the evidentiary

Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable lorsqu'il s'agit de décider si le pouvoir réparateur devrait être exercé. La cour d'appel peut utiliser ce pouvoir pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux seulement s'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant statué sur la peine, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes juridiques. La cour d'appel doit se demander si cette erreur de droit a pu entraîner

record or the judge's assessment of it. Fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted but where new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing decision, it should not be considered.

l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge. Les nouveaux éléments de preuve qui satisfont au test de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis, mais lorsque les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la peine, ils ne devraient pas être pris en considération.

In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. The sentencing judge's only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the failure to consider a long-term offender designation affected the evidentiary record. The correct focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the accused's current prospects for control in the community.

En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine, dont la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que l'omission d'envisager la possibilité d'une déclaration de délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve. L'élément central reste l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les perspectives actuelles de contrôle du délinquant au sein de la collectivité.

On the other hand, an offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable. There is a wider role for fresh evidence in appellate review on this basis. The appellate court may review the sentence in light of the whole record, including admissible fresh evidence. In dangerous offender appeals, appellate courts are frequently confronted with evidence about an offender's rehabilitation efforts and prospects. Appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the basis of evidence of this nature but in exceptional and proper cases, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence. The focus is still on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

Par contre, un délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable. Les nouveaux éléments de preuve ont un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement. La cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de nouveaux éléments de preuve admissibles. Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, les cours d'appel sont souvent saisies d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature. Cela dit, dans des cas exceptionnels où il convient de le faire et où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait. Là encore, l'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

The accused's fresh evidence indicates a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if he were released from incarceration in about 2016 with a further period of 10 years long-term supervision, subject to many qualifications. However, viewed in light of the full record before the sentencing judge, the fresh evidence falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. Placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from the fresh evidence, there is no reasonable possibility that the result of the dangerous

Sous de nombreuses réserves, les nouveaux éléments de preuve produits par l'accusé indiquent qu'il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité s'il était remis en liberté vers 2016 et était assujetti à une ordonnance de surveillance de longue durée de 10 ans. Cependant, examinés à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, les nouveaux éléments de preuve sont loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat de la procédure relative au

offender proceedings would have been different. The evidence does not show that the dangerous offender designation was unreasonable and this is not a case that demands appellate intervention.

statut de délinquant dangereux eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve n'établit pas que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable et la présente cause n'est pas de celles qui justifient une intervention en appel.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389; *R. c. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390; *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338; *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII); *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII); *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 675(1)(*b*), 683(1), 687, Part XXIV, 752, 753 [ad. 1997, c. 17, s. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)(*a*), (7).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C 46, art. 675(1)*b*), 683(1), 687, partie XXIV, 752, 753 [aj. 1997, ch. 17, art. 4], 753.1(1) [*idem*], 759(1), (3)*a*), (7).
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Authors Cited

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Doctrine et autres documents cités

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Pepall JJ.A.), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, affirming a sentencing decision of Lofchik J. (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Pepall), 2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233, 297 C.C.C. (3d) 22, [2012] O.J. No. 5212 (QL), 2012 CarswellOnt 13907, qui a confirmé une décision du juge Lofchik relative à la détermination de la peine (1998), 54 O.T.C. 241, [1998] O.J. No. 985 (QL), 1998 CarswellOnt 1219. Pourvoi rejeté.

Michael Dineen and *Jonathan Dawe*, for the appellant.

Michael Dineen et *Jonathan Dawe*, pour l'appelant.

Roger A. Pinnock, for the respondent.

Nader R. Hasan and *Gerald Chan*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal poses two related questions about appellate review of a dangerous offender designation. The first is whether the sentencing judge's legal error in the course of imposing the designation on the appellant, Mr. Sipos, was "harmless" in the sense that it had no impact on the ultimate decision. A related question concerns the role on the appeal of fresh evidence about the offender's current treatment and prospects.

[2] The Ontario Court of Appeal held that an error is harmless if there is no reasonable possibility that the sentencing judge's decision would have been different had he not made the legal error. Where there is fresh evidence, this standard is applied as if the sentencing judge had access to it at the time of the original sentencing. Approaching the matter in this way, the Court of Appeal dismissed Mr. Sipos' appeal. The Court of Appeal rejected Mr. Sipos' position that the appeal should be allowed if the fresh evidence raises any reasonable possibility that the outcome of a new dangerous offender proceeding could be different from the original one.

[3] Mr. Sipos appeals by leave of the Court. He submits that the Court of Appeal was wrong in two respects. First, he says that the Court of Appeal was wrong to dismiss his appeal in light of the fresh evidence suggesting that there is a reasonable possibility that a new dangerous offender hearing might

Roger A. Pinnock, pour l'intimée.

Nader R. Hasan et *Gerald Chan*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur deux questions connexes relatives au contrôle en appel d'une déclaration selon laquelle un délinquant est un délinquant dangereux. Tout d'abord, il s'agit de savoir si l'erreur de droit commise par le juge qui a déclaré M. Sipos, l'appelant, délinquant dangereux était « inoffensive », en ce sens qu'elle n'a pas eu d'incidence sur la décision finale. Ensuite, il s'agit de trancher la question connexe du rôle qu'il faut accorder en appel à de nouveaux éléments de preuve relatifs au traitement actuel du délinquant et à ses perspectives d'avenir.

[2] La Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une erreur de droit est inoffensive s'il n'existe pas de possibilité raisonnable que la décision du juge qui a prononcé la peine ait été différente s'il n'avait pas commis l'erreur en question. En présence de nouveaux éléments de preuve, cette norme s'applique comme si le juge qui a prononcé la peine y avait eu accès au moment où il a rendu cette décision. En appliquant cette approche, la Cour d'appel n'a pas fait droit à l'appel de M. Sipos. Elle a rejeté l'argument de ce dernier selon lequel l'appel devrait être accueilli si les nouveaux éléments de preuve soulèvent une possibilité raisonnable que l'issue d'une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse être différente de celle de la première procédure.

[3] M. Sipos a interjeté appel devant la Cour sur autorisation. Il fait valoir que la Cour d'appel a eu tort de rejeter son appel compte tenu des nouveaux éléments de preuve qui suggèrent qu'il existe une possibilité raisonnable qu'une nouvelle procédure sur le statut de délinquant dangereux puisse aboutir

produce a different result from that reached at the original hearing. He further submits that the Court of Appeal erred by holding that the record in this case met the high standard required to conclude that the sentencing judge's legal error was harmless. The appellant's submissions are best considered by addressing the role of fresh evidence when the Court of Appeal is asked to use its curative powers in relation to dangerous offender appeals and by reviewing whether the Court of Appeal erred in using those curative powers in this case.

à un résultat différent de celui auquel en est venu le juge lors de la première procédure. Il soutient en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le dossier, en l'espèce, satisfait à la norme exigeante à laquelle il faut satisfaire pour conclure que l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine était inoffensive. Pour traiter au mieux des arguments de l'appelant, il convient, d'une part, de se pencher sur le rôle des nouveaux éléments de preuve lorsque la Cour d'appel est appelée à utiliser ses pouvoirs réparateurs dans le cadre de l'appel d'une déclaration de délinquant dangereux et, d'autre part, d'examiner si la Cour d'appel a commis une erreur dans l'utilisation de ces pouvoirs réparateurs en l'espèce.

[4] I agree with the result reached by the Court of Appeal and would dismiss the appeal. However, as I will explain, I take a somewhat narrower view of the role of fresh evidence in relation to the question of whether the sentencing judge's legal error was harmless.

[4] Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cela dit, comme je l'expliquerai, j'accorde un rôle quelque peu plus ténu qu'elle aux nouveaux éléments de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si l'erreur de droit commise par le juge qui a prononcé la peine est inoffensive.

II. Overview of the Facts and Proceedings

A. *Procedural History*

[5] The appeal has followed a long and complicated path before arriving here. This is a result of the intersection of developments in the legislation and case law coupled with very long delays in moving the appeal forward. I say this not to attribute fault to anyone, but to underline the unusual circumstances before us. The result is that the Court of Appeal in 2012 had before it a dangerous offender designation made in 1998, roughly 14 years earlier, and fresh evidence created in 2010, roughly 12 years after the conclusion of the proceedings before the sentencing judge.

[6] The beginning of the most relevant part of the story takes us back to April of 1996. Lofchik J. sitting with a jury convicted Mr. Sipos of multiple sexual offences and physical assaults against three

II. Aperçu des faits et de l'historique judiciaire

A. *Historique judiciaire*

[5] Le pourvoi a parcouru un chemin long et semé d'embûches avant d'aboutir ici. Cette situation est le résultat d'un ensemble de modifications législatives et d'évolutions jurisprudentielles, combinées à de très longs délais durant le processus d'appel. Par ces propos, je ne cherche pas à attribuer une faute à qui que ce soit, mais plutôt à souligner combien les circonstances de l'affaire dont nous sommes saisis sont inhabituelles. En 2012, la Cour d'appel s'est ainsi trouvée à statuer sur une déclaration selon laquelle l'appelant était un délinquant dangereux datant de 1998, quelque 14 ans plus tôt, et sur de nouveaux éléments de preuve créés en 2010, soit approximativement 12 ans après la fin des procédures qui se sont déroulées devant le juge chargé de statuer sur la peine.

[6] Le début de la portion la plus pertinente de l'histoire nous reporte à avril 1996. Le juge Lofchik, qui siégeait alors avec un jury, a déclaré M. Sipos coupable de multiples infractions de nature sexuelle

women committed from the mid-1970s to the mid-1980s. The convictions included attempted buggery, indecent assault, rape, sexual assault, assault causing bodily harm and common assault. Mr. Sipos also had a considerable record of other offences of violence against women between the late 1970s and the mid-1980s.

et d'agressions physiques contre trois femmes, infractions qui ont été perpétrées du milieu des années 70 au milieu des années 80. Les déclarations de culpabilité concernaient des infractions de tentative de sodomie, d'attentat à la pudeur, de viol, d'agression sexuelle, d'agression causant des lésions corporelles et de voies de fait simples. M. Sipos avait aussi un lourd casier judiciaire, ayant été trouvé coupable d'autres infractions de violence à l'endroit de femmes entre la fin des années 70 et le milieu des années 80.

[7] Nearly two years after his conviction at trial, that is, in March of 1998, the judge found that Mr. Sipos was a dangerous offender and imposed an indeterminate sentence ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[7] Près de deux ans après avoir été déclaré coupable à son procès, soit en mars 1998, M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux et s'est vu infliger une peine de détention d'une durée indéterminée ([1998] O.J. No. 985 (QL)).

[8] Between the time of the convictions and the ultimate decision nearly two years later on the dangerous offender proceeding, new legislation that is important to the case intervened. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was amended to add a new designation of long-term offenders (S.C. 1997, c. 17, s. 4). These new provisions were in force at the time Mr. Sipos was found to be a dangerous offender but the judge did not consider them in reaching his decision. There are many differences in both substance and procedure between the two designations. But the main one is that in order to be found to be a long-term offender, the judge must be satisfied that "there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community": s. 753.1(1)(*c*).

[8] Entre les prononcés de culpabilité et la décision finale par laquelle l'accusé a été déclaré délinquant dangereux, il s'est écoulé deux ans. Dans l'intervalle, de nouvelles dispositions législatives, importantes pour la présente cause, ont été adoptées. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, a été modifié pour y ajouter la possibilité de déclarer un délinquant « délinquant à contrôler » (L.C. 1997, ch. 17, art. 4). Ces nouvelles dispositions étaient en vigueur au moment où M. Sipos a été déclaré délinquant dangereux, mais le juge n'en a pas tenu compte pour rendre sa décision. Il existe de nombreuses différences tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure entre les deux déclarations. La distinction principale entre ces deux régimes est cependant celle voulant que, pour conclure qu'un inculpé est un délinquant à contrôler, le juge doive être convaincu qu'il « existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité » : al. 753.1(1)*c*).

[9] Mr. Sipos appealed from the convictions and sentence, but indicated that his sentence appeal was contingent on his convictions appeal being at least partially successful. The Court of Appeal dismissed the convictions appeal and did not deal with the sentence appeal (2001 CanLII 8541). The judgment of the Court of Appeal was delivered in May of 2001 but, as noted, Mr. Sipos' sentence appeal remained outstanding and undecided.

[9] M. Sipos a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine, mais il a indiqué que l'appel concernant sa peine était conditionnel au succès au moins partiel de celui sur les déclarations de culpabilité. La Cour d'appel a rejeté ce premier appel et ne s'est pas penchée sur l'appel de la peine (2001 CanLII 8541). Ce jugement a été rendu en mai 2001, mais, comme il a été souligné, l'appel de M. Sipos sur la peine est resté pendant et n'a fait l'objet d'aucune décision.

[10] The next relevant event came about five years after Mr. Sipos' dangerous offender designation. In 2003, this Court released its decision in *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357. It decided that in dangerous offender proceedings that occurred after the new long-term offender provisions came into force — in other words, in cases like Mr. Sipos' — judges must consider the option of a long-term offender designation, which may lead to a determinate sentence followed by long-term community supervision, before declaring a defendant to be a dangerous offender and imposing an indeterminate sentence. Failure to do this is a legal error, often referred to as a "*Johnson* error".

[10] L'événement pertinent suivant a eu lieu environ cinq ans après la déclaration selon laquelle M. Sipos était un délinquant dangereux. En 2003, la Cour a rendu sa décision dans *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357. Elle y a décidé que les procédures relatives aux délinquants dangereux qui se sont déroulées après l'entrée en vigueur des dispositions sur les délinquants à contrôler — autrement dit, dans les causes comme celle de M. Sipos —, les juges doivent examiner la possibilité de déclarer le délinquant « délinquant à contrôler » — ce qui peut donner lieu au prononcé d'une peine d'incarcération d'une durée déterminée suivie d'une longue période de vie supervisée dans la collectivité — avant de le déclarer délinquant dangereux et de lui infliger une peine d'une durée indéterminée. Ne pas le faire constitue une erreur de droit, souvent appelée l'« erreur *Johnson* ».

[11] As noted, the judge in 1998 did not consider the recently enacted long-term offender provisions and, with the benefit of hindsight, this constituted a legal error in light of the 2003 judgment in *Johnson*. On the basis of this error and other considerations, the Court of Appeal granted leave to reopen Mr. Sipos' unresolved sentence appeal (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). But it took more than four years for this occur, so that the appeal was reopened only in late April of 2008.

[11] Comme nous l'avons mentionné, en 1998, le juge n'a pas tenu compte des dispositions adoptées depuis peu portant sur les délinquants à contrôler. Or, avec le recul, vu la décision de 2003 dans *Johnson*, nous devons convenir qu'il a ainsi commis une erreur de droit. Compte tenu de cette erreur et d'autres considérations, la Cour d'appel a donné l'autorisation de rouvrir l'appel non tranché interjeté par M. Sipos quant à la peine qui lui avait été infligée (2008 ONCA 325, 235 O.A.C. 277). Il s'est toutefois écoulé plus de quatre ans avant que cela ne se fasse et l'appel n'a été rouvert qu'à la fin du mois d'avril 2008.

[12] There was a further long delay: the appeal on the merits was not heard for more than four years, in August of 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). With the Crown's consent, Mr. Sipos filed fresh evidence in the appeal proceedings. The fresh evidence consisted of a risk assessment, prepared by Dr. Jeff McMaster in 2010, and information about his performance in sexual offender maintenance programs while in custody.

[12] Il y a eu un autre long délai : l'appel sur le fond n'a été entendu que plus de quatre ans plus tard, soit en août 2012 (2012 ONCA 751, 298 O.A.C. 233). Avec le consentement du ministère public, M. Sipos a déposé de nouveaux éléments de preuve durant les procédures d'appel, soit des renseignements concernant sa performance dans le cadre des programmes de traitement des délinquants sexuels qu'il avait suivis durant sa détention, ainsi qu'une évaluation du risque préparée par le Dr Jeff McMaster en 2010.

[13] This is how the Court of Appeal came to address in 2012 a dangerous offender designation that had been made roughly 14 years earlier and had

[13] C'est ainsi que la Cour d'appel en est venue à se pencher, en 2012, sur une décision ayant déclaré un délinquant « délinquant dangereux » rendue

evidence before it that was created in 2010, roughly 12 years after the designation.

B. *Judgment of the Court of Appeal*

[14] The Court of Appeal concluded that, in light of *Johnson*, there was clearly a legal error in not considering the long-term offender option before designating Mr. Sipos as a dangerous offender. The Court of Appeal noted, however, that this error does not automatically compel a new dangerous offender hearing. Rather, the appellate court has a curative power: it may dismiss the appeal if persuaded that there is no reasonable possibility that the sentence would have been different had the legal error not been made (see *Johnson*, at paras. 47-50).

[15] Putting aside the fresh evidence, the Court of Appeal concluded that there was no such reasonable possibility, noting that Mr. Sipos did not contend otherwise. The sentencing judge, in comprehensive reasons, found that the evidence before him did not support the view that, at some determinate point in the future, the risk that Mr. Sipos posed to society could be reduced to an acceptable level if he were to be allowed to live in the community. The sentencing judge's analysis of the evidence would have inevitably led him to reject a long-term offender designation for the same reasons that he rejected the determinate sentence option: sentencing judge's reasons, at paras. 199-207; Court of Appeal reasons, at para. 29.

[16] The question then arose as to how the Court of Appeal should use the new evidence in considering whether to exercise this curative power. The new evidence suggests that there is *now* a possibility that the risk that Mr. Sipos poses can be controlled in the community by 2016 with appropriate supervision. The Court of Appeal held that, while the new evidence must be considered, appellate review is fundamentally an error-correcting exercise that

quelque 14 ans plus tôt et qu'elle a dû se pencher, à cette fin, sur des éléments de preuve créés en 2010, soit environ 12 ans après la déclaration en question.

B. *Jugement de la Cour d'appel*

[14] La Cour d'appel a conclu que, à la lumière de la décision dans *Johnson*, ne pas avoir tenu compte de l'option d'une déclaration comme délinquant à contrôler avant de désigner M. Sipos délinquant dangereux avait manifestement constitué une erreur de droit. Toutefois, la Cour d'appel a souligné que cette erreur n'entraînait pas automatiquement la tenue d'une nouvelle audience sur le statut de délinquant dangereux. En effet, le tribunal d'appel dispose plutôt d'un pouvoir réparateur : il peut rejeter l'appel s'il est convaincu qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que la peine ait été différente si l'erreur de droit n'avait pas été commise (voir *Johnson*, par. 47-50).

[15] Mettant de côté dans un premier temps les nouveaux éléments de preuve, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable de ce type, soulignant au passage que M. Sipos ne prétendait pas le contraire. Dans des motifs très étoffés, le juge qui a statué sur la peine a conclu que la preuve portée à sa connaissance ne permettait pas d'étayer le point de vue selon lequel, à un moment déterminé dans le futur, le risque que pose M. Sipos pour la société pourrait être réduit à un niveau acceptable s'il était autorisé à vivre dans la collectivité. Cette analyse l'aurait inévitablement mené à rejeter la possibilité de déclarer M. Sipos délinquant à contrôler pour les mêmes motifs qu'il a rejetés celle de prononcer une peine d'une durée déterminée : motifs du juge qui a statué sur la peine, par. 199-207; motifs de la Cour d'appel, par. 29.

[16] La Cour d'appel avait ensuite à déterminer comment elle devait utiliser les nouveaux éléments de preuve pour décider s'il convenait d'exercer son pouvoir réparateur. Ces nouveaux éléments de preuve suggèrent qu'il existe *maintenant* une possibilité que le risque que pose M. Sipos puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, à compter de 2016, s'il faisait l'objet d'une surveillance adéquate. La Cour d'appel a jugé que, bien qu'il faille

looks backward to the decision under appeal, in order to determine whether the court below fell into reversible error when it made the decision being reviewed. It held that the possibility that a different decision might be made if a new dangerous offender hearing were held now is irrelevant. The question on appeal was whether, having regard to the evidence before the sentencing judge, and the fresh evidence admitted on appeal, there was any reasonable possibility that the result of the dangerous offender hearing would have been any different had the judge considered the long-term offender provisions.

[17] The Court of Appeal answered this question in the negative. The court noted that the new evidence from Dr. McMaster consisted of his assessment as of 2010 and pertained to whether Mr. Sipos could meet the criteria for a long-term offender. Even on Dr. McMaster's "'best case' scenario", his potential release into the community was at least some 18 years away in 1998 (para. 34). Considering the report in light of the other evidence before the sentencing judge, the Court of Appeal concluded that Dr. McMaster's risk assessment did not cast any doubt on the sentencing judge's conclusion that as of 1998, an indeterminate sentence was appropriate.

III. Analysis

[18] Before returning to the two issues in detail, it will be helpful to place them in their proper legal framework. That, in turn, requires a brief review of the difference between long-term offender and dangerous offender status, this Court's decision in *Johnson*, the nature of appellate review and the

tenir compte des nouveaux éléments de preuve, le contrôle en appel est fondamentalement un exercice de correction d'erreurs qui jette un regard rétrospectif sur la décision portée en appel, de manière à décider si le tribunal d'instance inférieure a commis une erreur suceptible de révision lorsqu'il a rendu la décision qui fait l'objet du contrôle. La Cour d'appel a conclu que la possibilité qu'une décision différente puisse être rendue si une nouvelle audience était tenue aujourd'hui sur le statut de délinquant dangereux était sans pertinence. En appel, la question qui devait être tranchée était celle de savoir si, eu égard à la preuve dont était saisi le juge qui a prononcé la peine et aux nouveaux éléments de preuve admis en appel, il existait une possibilité raisonnable que l'issue de l'audience sur le statut de délinquant dangereux ait pu être différente si le juge avait tenu compte des dispositions sur les délinquants à contrôler.

[17] La Cour d'appel a répondu à cette question par la négative. Elle a souligné que le rapport du Dr McMaster déposé comme nouvel élément de preuve consignait son évaluation, en date de 2010, et portait sur la question de savoir si M. Sipos satisfaisait au test pour être déclaré délinquant à contrôler. Or, même selon le [TRADUCTION] « scénario "le plus optimiste" » du Dr McMaster, la possible remise de M. Sipos dans la collectivité n'était, en 1998, pas envisageable avant au moins environ 18 ans (par. 34). Après avoir examiné le rapport conjointement avec le reste de la preuve dont disposait le juge chargé de statuer sur la peine, la Cour d'appel a conclu que l'évaluation du risque du Dr McMaster ne soulevait aucun doute quant à la conclusion du juge selon laquelle, en 1998, il était approprié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée.

III. Analyse

[18] Avant d'examiner en détail les deux questions en litige, il est utile de les replacer dans le contexte légal approprié. Cela suppose qu'il faille, au préalable, mener un bref examen de la différence entre le statut de délinquant à contrôler et celui de délinquant dangereux, de la décision de la Cour

powers of the court of appeal on dangerous offender appeals.

A. *Legal Framework*

(1) The Two Regimes

[19] The dangerous offender and long-term offender provisions found in Part XXIV of the *Criminal Code* are both examples of preventive sanctions. While they may only come into play once the offender has been convicted of offences of a certain degree of seriousness, their focus is on imposing special measures on the offender in order to address an elevated risk of future offending. A dangerous offender may be sentenced to an indeterminate sentence of imprisonment; this is preventive detention in its clearest and most extreme form. A long-term offender may be sentenced for the underlying offence and, in addition, to a long-term supervision order not to exceed 10 years. This is a preventive sanction that is finite in length and built on supervision in the community.

[20] For the purposes of this appeal, s. 753(1)(*b*) is the relevant provision in relation to Mr. Sipos' designation as a dangerous offender. Before the designation may be imposed, the offence for which the offender has been convicted must be a "serious personal injury offence". Serious personal injury offences include offences involving the use or attempted use of violence for which the offender may be sentenced to imprisonment for at least 10 years and a number of specified sexual offences: s. 752. There is no question that Mr. Sipos' convictions qualify. The remaining elements required for the designation are both retrospective and prospective. The offender must be shown to have failed in the past "to control his or her sexual impulses" and, in the future, that there is "a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses": s. 753(1)(*b*).

dans *Johnson*, de la nature du contrôle en appel et des pouvoirs d'une cour d'appel dans des instances sur le statut de délinquant dangereux.

A. *Le cadre législatif*

(1) Les deux régimes

[19] Les dispositions de la partie XXIV du *Code criminel* sur les délinquants dangereux et les délinquants à contrôler créent deux exemples de sanctions préventives. Même si elles n'entrent en jeu qu'une fois que le délinquant a été déclaré coupable d'infractions d'une certaine gravité, elles visent surtout à imposer des mesures spéciales au délinquant de manière à parer le risque élevé de récidives. Un délinquant dangereux peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée; il s'agit de la forme extrême et la plus manifeste de détention préventive. Un délinquant à contrôler peut, pour sa part, être condamné pour l'infraction qu'il a commise et, en plus, faire l'objet d'une ordonnance enjoignant qu'il soit soumis à une surveillance de longue durée, d'une période maximale de 10 ans. Cette sanction préventive est limitée dans le temps et conçue en fonction d'une surveillance dans la collectivité.

[20] Aux fins du présent appel, l'al. 753(1)*b*) est la disposition pertinente en ce qui a trait à la déclaration selon laquelle M. Sipos est un délinquant dangereux. Pour qu'une telle déclaration soit prononcée, l'infraction commise doit constituer « des sévices graves à la personne ». Ce type d'infractions comprend celles qui supposent l'emploi ou la tentative d'emploi de la violence pour lesquelles le délinquant est passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans ainsi qu'un certain nombre d'infractions de nature sexuelle : art. 752. Il ne fait aucun doute que les infractions pour lesquelles M. Sipos a été déclaré coupable sont du nombre. Les autres éléments exigés pour qu'il y ait déclaration sont à la fois rétrospectifs et prospectifs. Il faut que le délinquant ait démontré dans le passé son incapacité « à contrôler ses impulsions sexuelles » et qu'il « laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes » : al. 753(1)*b*).

[21] The long-term offender provisions permit the court to impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted *and* order that he or she be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years: s. 753.1(3). In order to make a long-term offender designation, the court must be satisfied that it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of at least two years for the offence for which the offender has been convicted, that there is a substantial risk that the offender will reoffend, and that there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community: s. 753.1(1).

(2) *Johnson* and the "*Johnson* Error"

[22] The two regimes must be considered together. At the time of the sentencing judge's decision, the version of s. 753 in force was the same as the one interpreted by this Court in *Johnson*. The Court held that if a sentencing judge is satisfied that the long-term offender provisions are sufficient to reduce the risk to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the judge "cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all of the statutory criteria have been satisfied": *Johnson*, at para. 40. Failure to consider these options became known as the "*Johnson* error". There is no dispute between the parties that the sentencing judge made it in this case and it has not been suggested that the 2008 amendments to the provisions (S.C. 2008, c. 6) affect that conclusion in this case.

(3) Dangerous Offender Appeals

[23] A person who has been found to be a dangerous offender may appeal to the court of appeal on any ground of law or fact or mixed law and fact: s. 759(1). The appellate court has the statutory power to dismiss the appeal or to allow it. If the court allows the appeal, it may find that the offender is not

[21] Les dispositions sur les délinquants à contrôler permettent à la cour d'infliger une peine pour l'infraction dont le délinquant a été déclaré coupable *et* d'ordonner que ce dernier soit soumis à une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans : par. 753.1(3). Avant de rendre une ordonnance déclarant que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal doit être convaincu qu'il y a lieu de lui infliger une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, qu'il présente un risque élevé de récidive et qu'il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité : par. 753.1(1).

(2) *Johnson* et l'« erreur *Johnson* »

[22] Les deux régimes doivent être examinés conjointement. La version de l'art. 753 qui était en vigueur au moment où le juge chargé de prononcer la peine a rendu sa décision était la même que celle qui a été interprétée par la Cour dans *Johnson*. La Cour y avait conclu que le juge qui est convaincu que les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit « ne peut à bon droit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire » : *Johnson*, par. 40. Le fait de ne pas examiner ces options constitue ce qu'on a appelé l'« erreur *Johnson* ». Les parties ne contestent pas que le juge qui a prononcé la peine a commis une telle erreur en l'espèce et elles n'ont pas laissé entendre que les modifications législatives de 2008 (L.C. 2008, ch. 6) changeaient quoi que ce soit à cette conclusion dans la présente affaire.

(3) Appel interjeté par le délinquant dangereux

[23] Le délinquant déclaré délinquant dangereux peut interjeter appel à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait : par. 759(1). La cour d'appel a le pouvoir légal de rejeter l'appel ou d'y faire droit. Si elle admet l'appel, elle peut soit déclarer que le

a dangerous offender or a long-term offender, make an order that the trial court could make or order a new hearing: s. 759(3)(*a*). There is no explicit reference to appellate review of the fitness of the designation. This Court has determined that appellate review is concerned with legal errors and whether the dangerous offender designation was reasonable: *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at para. 33.

délinquant n'est pas un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler, ou rendre une ordonnance qu'aurait pu rendre le tribunal de première instance, soit ordonner la tenue d'une nouvelle audience : al. 759(3)*a*). On ne prévoit pas expressément le contrôle en appel de l'opportunité de la déclaration. Selon la Cour, le contrôle en appel porte sur les erreurs de droit et vise à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable : *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 33.

[24] Consistent with this broad understanding of the appellate court's review of the sentence, this Court in *Johnson* interpreted the power to dismiss an appeal as including the power to do so even in the face of a legal error, provided that the error occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. The Court emphasized, however, that this will be so "in only the rarest of circumstances, if any": para. 50. For the court to exercise this curative power, the Crown must show that there is "no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made": para. 49.

[24] Conformément à cette conception large du pouvoir de contrôle en appel de la sentence, la Cour dans *Johnson* a interprété le pouvoir de rejeter l'appel comme comportant celui de le faire même en présence d'une erreur de droit, dans la mesure où l'erreur n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave. La Cour a toutefois souligné que cela « arrivera rarement, sinon jamais » : par. 50. Pour que le tribunal puisse exercer ce pouvoir réparateur, le ministère public doit établir « l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise » : par. 49.

[25] It is worth pausing here to contrast appellate review of a dangerous offender designation with that of what I will refer to as "regular" sentence appeals. In indictable matters, the offender may appeal the sentence passed by the trial court unless the sentence is one fixed by law: s. 675(1)(*b*). On the appeal, the court of appeal is to "consider the fitness of the sentence" and may "on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive", vary the sentence or dismiss the appeal: s. 687(1). This allows for appellate review for error in principle and for whether the sentence is demonstrably unfit or manifestly wrong. This is a highly deferential standard of review. As Lamer C.J. put it in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

[25] Il convient ici de bien différencier le contrôle en appel d'une déclaration de délinquant dangereux de ce que j'appellerai l'appel « normal » d'une sentence. Dans les procédures sur acte d'accusation, le délinquant peut interjeter appel de la sentence rendue par le tribunal de première instance à moins qu'elle ne soit de celles que fixe la loi : al. 675(1)*b*). La cour saisie de l'appel doit « consid[érer] [. . .] la justesse de la sentence » et peut « d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir », modifier la sentence ou rejeter l'appel : par. 687(1). Cela permet le contrôle en appel d'une erreur de principe et de la question de savoir si la peine n'est manifestement pas indiquée ou est manifestement erronée. Il s'agit là d'une norme de contrôle commandant une très grande déférence. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

> . . . absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a

> . . . sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

(See also *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paras. 45-50; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 14-17.)

[26] The Court in *Currie* held that appellate review of a dangerous offender designation is somewhat more robust. Nonetheless, this does not call for a completely fresh look on appeal at the designation (or as lawyers say, a *de novo* assessment). The appellate court must give some deference to the findings of the sentencing judge: *Currie*, at para. 33.

[27] Unlike dangerous offender appeals, there is no curative power on "regular" sentence appeals and the predominant view is that there is no authority in the court of appeal to remit the matter to the trial judge for a new sentencing hearing. On a regular sentence appeal, the appellate court's role is to determine the legality and fitness of the sentence imposed at trial. If the court of appeal finds that there are grounds requiring its intervention, it imposes a fit sentence in what amounts to a new sentencing hearing: *Criminal Code*, s. 687.

(4) Fresh Evidence on Sentence Appeals

[28] On sentence appeals in indictable offences, the court may consider "such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive": s. 687(1). There is no parallel provision in relation to appeals of dangerous offender designations. However, on those appeals, the court of appeal may admit fresh evidence when it is in the interests of justice to do so: s. 759(7) and s. 683(1).

[29] The Court established in *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, that while the

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée.

(Voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 45-50; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 14-17.)

[26] La Cour, dans *Currie*, a conclu que le contrôle en appel d'une déclaration de délinquant dangereux est un peu plus vigoureux. Toutefois, cela n'exige pas de la cour saisie de l'appel qu'elle pose un regard entièrement neuf sur la déclaration (ou, comme le disent les avocats, qu'elle procède à un examen *de novo*). Elle doit plutôt faire preuve d'une certaine retenue envers les conclusions du juge qui a statué sur la peine : *Currie*, par. 33.

[27] La cour saisie d'un appel « normal » de sentence — par opposition à l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux — ne dispose d'aucun pouvoir réparateur, et n'est pas, selon la position prédominante, autorisée à renvoyer l'affaire au juge du procès pour que celui ci tienne une nouvelle audience de détermination de la peine. Dans un appel normal de sentence, le rôle de la cour d'appel consiste à juger de la légalité et de la justesse de la peine infligée au procès. Si la cour d'appel conclut que son intervention est justifiée, elle inflige une peine juste dans ce qui équivaut à une nouvelle audience de détermination de la peine : *Code criminel*, art. 687.

(4) Nouveaux éléments de preuve lors d'un appel de sentence

[28] Dans les appels de sentences infligées à l'égard de la perpétration d'actes criminels, la cour peut examiner « la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir » : par. 687(1). Il n'existe pas de disposition analogue pour les appels relatifs aux déclarations de délinquant dangereux. Cependant, dans de tels cas, la cour d'appel peut admettre une nouvelle preuve lorsqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire : par. 759(7) et 683(1).

[29] La Cour a établi dans *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, que, bien que les

sources and types of new evidence are more flexible in relation to sentence appeals, the well-known "*Palmer*" test governs admissibility of fresh evidence. That test, as is well known, sets out four criteria concerned with due diligence, relevance, credibility and impact on the result: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775. Generally, fresh evidence should not be received if it could have been obtained at trial by exercising due diligence, although this criterion is not strictly applied in criminal matters when it would be contrary to the interests of justice to do so. The evidence must be relevant in the sense that it relates to a potentially decisive issue and reasonably worthy of belief. Finally, the evidence, if accepted, must reasonably be expected to have affected the result when considered along with the trial evidence. As Charron J. explained in *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, at para. 15:

> In accordance with the last three of the *Palmer* criteria, an appellate court can therefore admit evidence only if it is relevant and credible and if it could reasonably be expected to have affected the result had it been adduced at trial together with the other evidence. [Emphasis added.]

[30] Fresh evidence addressing events that have occurred between the time of sentencing and the time of the appeal may raise difficult issues which bring competing values into sharp relief. On one hand, we must recognize, as Doherty J.A. put it in *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, at para. 166, that "[a]ppeals take time. Lives go on. Things change. These human realities cannot be ignored when the Court of Appeal is called upon to impose sentences well after the event." However, we must equally pay attention to the institutional limitations of appellate courts and the important value of finality. Routinely deciding sentence appeals on the basis of after-the-fact developments could both jeopardize the integrity of the criminal process by undermining its finality and surpass the appropriate bounds of

sources et les genres de preuves soient assouplis lorsque l'appel concerne la sentence, l'admissibilité d'une nouvelle preuve est régie par le test bien connu de l'arrêt *Palmer*. Cet arrêt, comme on le sait, énonce quatre critères portant sur la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et l'incidence sur le résultat : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775. On ne devrait généralement pas admettre un nouvel élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être obtenu en première instance — ce critère n'étant toutefois pas appliqué de manière stricte dans les affaires criminelles lorsqu'il serait contraire à l'intérêt de la justice de le faire. La preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question potentiellement décisive et qu'on peut raisonnablement y ajouter foi. Enfin, la preuve doit être telle que, si on l'accepte, on peut raisonnablement penser que, considérée avec les éléments produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat. Comme l'a expliqué la juge Charron dans *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, par. 15 :

> Conformément aux trois derniers critères de l'arrêt *Palmer*, une cour d'appel ne peut donc admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu'ils auraient influé sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. [Je souligne.]

[30] L'introduction de nouveaux éléments de preuve portant sur des événements survenus entre le prononcé de la peine et l'appel peut soulever des problèmes complexes mettant clairement en évidence des valeurs opposées. D'une part, nous devons reconnaître, pour reprendre les termes du juge Doherty dans *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1, par. 166, que [TRADUCTION] « [l]es appels prennent un certain temps. La vie continue. Les choses changent. La Cour d'appel ne peut faire abstraction de ces réalités humaines lorsqu'elle est appelée à infliger une peine bien après le fait. » Cependant, nous devons également tenir compte des limites institutionnelles des cours d'appel et de la valeur importante du caractère définitif des décisions. Trancher régulièrement des appels de sentence sur

appellate review: *Lévesque*, at para. 20; *R. v. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), at paras. 21-25.

le fondement d'événements survenus après le fait pourrait à la fois menacer l'intégrité du processus criminel — en compromettant son caractère définitif — et outrepasser les limites appropriées du contrôle en appel : *Lévesque*, par. 20; *R. c. Smith* (2005), 376 A.R. 389 (C.A.), par. 21-25.

[31] Given the almost infinite variety of circumstances that may arise, it is neither desirable nor possible to formulate any hard and fast, detailed rules about the sorts of after-the-fact evidence that should or should not be considered in all cases. The abundant appellate jurisprudence cannot be reduced to a tidy set of rules, but rather reflects the courts' attempts to balance these at times competing values in light of particular and widely varying sets of circumstances: see, e.g., *R. v. Riley* (1996), 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. v. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. v. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. v. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); and generally, C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §§ 4.49 ff.; *R. v. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. v. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). At the level of principle, the approach set out in *Lévesque* and *Angelillo* strikes the balance between the competing values and, when applied thoughtfully to the particular circumstances before the court, provides sufficient flexibility to ensure that the appellate process is both responsive to the demands of justice and respectful of the proper limits of appellate review.

[31] Vu la diversité presque infinie des situations susceptibles de survenir, il n'est ni souhaitable ni possible de formuler des règles absolues ou détaillées quant aux types d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait qui devraient ou ne devraient pas être pris en considération dans tous les cas. La jurisprudence abondante des cours d'appel ne saurait être réduite à un ensemble ordonné de règles, mais montre plutôt qu'elles ont essayé de mettre en balance des valeurs parfois opposées à la lumière de circonstances particulières et très variées : voir, p. ex., *R. c. Riley* (1996) 150 N.S.R. (2d) 390 (C.A.); *R. c. Faid* (1984), 52 A.R. 338 (C.A.); *R. c. Jimmie*, 2009 BCCA 215, 270 B.C.A.C. 301; *R. c. Halliday*, 2012 ONCA 351 (CanLII); et, de façon générale, C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), §§ 4.49 et suiv.; *R. c. N.A.S.*, 2007 MBCA 97, 220 Man. R. (2d) 43; *R. c. Martin*, 2012 QCCA 2223 (CanLII). Sur le plan des principes, l'approche énoncée dans *Lévesque* et *Angelillo* établit un équilibre entre ces valeurs opposées et, lorsqu'on l'applique judicieusement aux circonstances particulières soumises aux tribunaux, elle est suffisamment souple pour faire en sorte que le processus d'appel réponde aux exigences de la justice tout en respectant les limites auxquelles doit être assujetti le contrôle en appel.

[32] With this legal framework in mind, I now return to the issues raised on appeal by Mr. Sipos.

[32] En tenant compte de ce cadre juridique, je reviens maintenant aux questions soulevées par M. Sipos dans le présent pourvoi.

B. *Did the Court of Appeal Err by Using Its Curative Powers?*

B. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur dans l'utilisation de ses pouvoirs réparateurs?*

[33] The appellant's basic point is that the Court of Appeal's error was to limit the application of its curative power by asking whether there was a reasonable possibility that the result at the original hearing would have been different but for the legal error. Instead, the appellant submits that the

[33] L'appelant soutient essentiellement que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a limité l'application de son pouvoir réparateur en se demandant s'il y avait une possibilité raisonnable que l'audience initiale eût abouti à un résultat différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Court of Appeal ought to have followed what he says is the usual practice on sentence appeals of considering what would be a fit sentence at the time of the appeal: A.F., at paras. 16-17. This position, in my respectful view, is fundamentally flawed.

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel aurait plutôt dû suivre la pratique — selon lui habituelle en matière d'appels de sentence — consistant à se demander ce qui constituerait une peine juste au moment de l'appel : m.a., par. 16-17. Ce point de vue est, à mon humble avis, fondamentalement vicié.

[34] The appellant's submission in my view confuses appellate review for legal error with appellate review for the reasonableness of the designation. Whether the curative power should be exercised is part of appellate review for legal error. The question essentially involves considering what impact, if any, the legal error had on the outcome. In considering that question, fresh evidence generally has little role to play. On the other hand, whether the designation is reasonable is a more searching form of appellate review and fresh evidence that meets the *Palmer* criterion potentially has a greater role to play in that context.

[34] Selon moi, l'argument de l'appelant confond le contrôle en appel d'une erreur de droit et celui portant sur le caractère raisonnable d'une déclaration de délinquant dangereux. L'examen de la question de savoir si le pouvoir réparateur devrait être exercé fait partie du contrôle en appel d'une erreur de droit. Il faut alors essentiellement se demander quel effet, s'il en est, cette erreur a eu sur l'issue du procès. Les nouveaux éléments de preuve jouent généralement un rôle négligeable à cet égard. Cependant, l'examen du caractère raisonnable de la déclaration de délinquant dangereux constitue une forme plus poussée de contrôle en appel et les nouveaux éléments de preuve qui satisfont à ce critère de l'arrêt *Palmer* peuvent jouer un rôle plus important dans un tel contexte.

(1) The Curative Power and Fresh Evidence

(1) Pouvoir réparateur et nouveaux éléments de preuve

[35] In dangerous offender appeals, the appellate court may use its curative power to dismiss an appeal even though there was a legal error at first instance. This power may be used only where the legal error was "harmless" in the sense that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made. It follows that a legal error does not necessarily require reconsideration of the sentence. The appellate court must consider whether the error had any impact on the result. But there is a heavy onus on the Crown: it must show that there is no reasonable possibility that the result would have been different had the error not been made.

[35] La cour d'appel peut utiliser son pouvoir réparateur pour rejeter l'appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux même s'il y a eu une erreur de droit en première instance. Ce pouvoir ne peut être utilisé que si cette erreur était « inoffensive », en ce sens qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Une erreur de droit n'exige donc pas nécessairement un réexamen de la sentence. La cour d'appel doit se demander si l'erreur a eu une incidence sur le résultat. Un lourd fardeau incombe toutefois au ministère public, soit celui d'établir qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si l'erreur n'avait pas été commise.

[36] This exercise is necessarily focused on the record before the sentencing judge because the question concerns what that judge might have done had he or she applied correct legal principles. Of course,

[36] Cet exercice est nécessairement axé sur le dossier dont était saisi le juge ayant prononcé la sentence, car il s'agit de déterminer ce que celui-ci aurait fait s'il avait appliqué les bons principes

the appellate court must also consider whether the judge's legal error may have resulted in exclusion of evidence that ought to have been admitted or otherwise affected the state of the evidentiary record or the judge's assessment of it: see, e.g., *R. v. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. v. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. v. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). In cases of that nature, fresh evidence meeting the *Palmer* test might be admitted so that the appellate court can properly consider the impact of the error on the outcome. But generally speaking, where proposed new evidence has nothing to do with the possible impact of the legal error on the sentencing judge's decision, it should not be considered in relation to the use of the curative power. This is nothing more than application of the second *Palmer* criterion: that the evidence be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence. Evidence that is in no way linked to the legal error made by the sentencing judge is not relevant to the question of whether the curative power should be used.

[37] In this respect, I differ from the view of the Court of Appeal. It held that evidence of the offender's current rehabilitative prospects has a role to play in connection with applying the proviso. In my view, absent some connection between the fresh evidence and the sentencing judge's legal error, it does not.

[38] In this case, the fresh evidence has nothing to do with the impact of the legal error made by the sentencing judge. There is no dispute that, on the record before the sentencing judge, the only realistic option was a dangerous offender designation. There is no suggestion that the judge's failure to consider a long-term offender designation in any way affected the evidentiary record before him or that he might have weighed the evidence differently if he had considered the long-term offender option.

juridiques. Bien entendu, la cour d'appel doit également se demander si cette erreur de droit a pu entraîner l'exclusion d'éléments de preuve qui auraient dû être admis, ou pu par ailleurs influer sur l'état du dossier de preuve ou l'appréciation de celui-ci par le juge : voir, p. ex., *R. c. Williamson*, 2003 BCCA 673, 191 B.C.A.C. 208; *R. c. Ferguson* (2005), 207 O.A.C. 380; *R. c. B.J.M.*, 2007 ONCA 221 (CanLII). Dans de tels cas, les nouveaux éléments de preuve qui satisfont aux critères de l'arrêt *Palmer* pourraient être admis pour que la cour d'appel puisse dûment évaluer l'incidence de l'erreur sur le résultat. Mais, règle générale, les nouveaux éléments de preuve proposés qui n'ont rien à voir avec l'incidence possible de l'erreur de droit sur la décision rendue par le juge chargé de déterminer la peine ne devraient pas être pris en considération en lien avec l'utilisation du pouvoir réparateur. Il s'agit simplement d'une application du deuxième critère de l'arrêt *Palmer* selon lequel la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive relativement à la peine. Une preuve qui n'est aucunement liée à l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine n'est pas pertinente quant à savoir si le pouvoir réparateur devrait ou non être utilisé.

[37] À cet égard, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel. Selon elle, la preuve relative aux perspectives actuelles de réadaptation du délinquant a un rôle à jouer en ce qui concerne l'application de la disposition réparatrice. À mon avis, ce n'est pas le cas lorsqu'il n'y a aucun lien entre les nouveaux éléments de preuve et l'erreur de droit.

[38] En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve n'ont rien à voir avec l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge ayant prononcé la peine. Il n'est pas contesté qu'eu égard au dossier dont disposait celui-ci, la seule option réaliste consistait à déclarer l'appelant délinquant dangereux. Rien ne donne à penser que le fait que le juge n'a pas envisagé la possibilité d'une déclaration portant que l'appelant est un délinquant à contrôler a eu quelque incidence sur le dossier de preuve dont il disposait ou qu'il aurait pu évaluer la preuve différemment s'il avait envisagé cette option.

[39] The appellant's submission amounts to this: every legal error made by the sentencing judge requires the appellate court to direct a new hearing if there is any reasonable possibility that a different sentence would now be imposed. This approach, in my view, has two flaws. First, it loses entirely the correct focus when exercising the curative power. That focus is on the possible impact of the error on the sentencing judge's decision, not on the offender's *current prospects* for control in the community. Second, losing that focus in effect creates a very low threshold for obtaining a new sentencing hearing. This, in my respectful view, turns the legal framework on its head. The appellate court would no longer be assessing the possible impact of the legal error on the result arrived at by the sentencing judge, but would be using the error to trigger a complete assessment of the current appropriateness of the sentencing judge's decision. In short, any legal error, even though it could have had no conceivable impact on the sentencing judge's decision, would require a new hearing unless the same result would almost inevitably be reached now. This approach, if adopted, would convert appellate review for legal error into sentencing by instalment.

[39] L'argument de l'appelant se résume à ceci : toute erreur de droit commise par le juge chargé de prononcer la peine oblige la cour d'appel à ordonner la tenue d'une nouvelle audience s'il existe une possibilité raisonnable qu'une sentence différente soit maintenant rendue. À mon avis, cette approche comporte deux lacunes. Premièrement, elle perd complètement de vue ce qui doit demeurer l'élément central de l'exercice du pouvoir réparateur, à savoir l'incidence possible de l'erreur sur la décision du juge chargé de déterminer la peine, et non pas les *perspectives actuelles* de contrôle du délinquant au sein de la collectivité. Deuxièmement, en perdant de vue cet élément, on crée dans les faits un critère très peu exigeant pour l'obtention d'une nouvelle audience de détermination de la peine. À mon humble avis, cela modifierait du tout au tout le cadre juridique applicable. La cour d'appel n'évaluerait plus l'incidence possible de l'erreur de droit sur le résultat auquel est arrivé le juge ayant prononcé la peine, mais utiliserait plutôt cette erreur pour déclencher un examen complet de l'opportunité actuelle de la décision rendue par le juge. En bref, toute erreur de droit — même si elle n'avait aucune incidence possible sur la décision rendue — exigerait la tenue d'une nouvelle audience, à moins que le même résultat ne soit presque inévitablement le même aujourd'hui. Adopter une telle approche transformerait le contrôle en appel des erreurs de droit en détermination par étapes de la peine.

[40] The issue for the appellate court is not, as the appellant contends, what the outcome might conceivably be today. Rather, the issue is whether the past decision would have been the same notwithstanding the error: R.F., at para. 51. I respectfully agree with Doherty J.A., writing for the Court of Appeal in this case, that on the appellant's proposed approach,

> the claim is not that the appellant was wrongly sentenced to an indefinite period of incarceration because the trial judge made a legal error, but that because the judge made a legal error the appellant should have his status reassessed as of the time of the appeal.

[40] La question soumise à la cour d'appel n'est pas, comme le soutient l'appelant, de savoir ce que pourrait être l'issue du procès aujourd'hui. Il s'agit plutôt de déterminer si la décision rendue aurait été la même, n'eût été l'erreur : m.i., par. 51. J'abonde dans le sens du juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, lorsqu'il déclare que, suivant l'approche que propose l'appelant,

> [TRADUCTION] [celui-ci] ne prétend pas avoir été condamné à tort à une peine de détention pour une période indéterminée en raison d'une erreur de droit commise par le juge du procès, mais soutient plutôt que cette erreur lui donne droit à une réévaluation de son statut au moment de l'appel.

. . .

. . . Where an offender's real claim is that he has progressed to the point that his status should be reassessed, an appeal from the original decision is not the appropriate mechanism by which to achieve that new assessment. [paras. 20 and 23]

C. *Should the Dangerous Offender Designation Nonetheless Be Set Aside?*

[41] As I have explained, my view is that the Court of Appeal took too expansive a view of the role of fresh evidence in relation to exercising the court's curative power. As I see it, there is no role for the fresh evidence in relation to the curative power in this appeal; the only remaining question is whether the dangerous offender designation should be set aside because it is unreasonable. This, in my respectful view, is the better lens through which to consider whether the Court of Appeal erred in its ultimate conclusion that the appeal should be dismissed. In my view, it did not.

[42] The offender may appeal a dangerous offender designation on the basis that it is unreasonable: *Currie*. There is thus potentially a wider role for fresh evidence in relation to appellate review on this basis than there is when the appellate court is considering whether or not a legal error was harmless. While the new evidence must satisfy the *Palmer* criteria, the appellate court may review the sentence in light of the whole record, including any admissible fresh evidence. However, in the case of review on this basis, the onus is on the offender.

[43] In dangerous offender appeals, the appellate courts are frequently confronted, as we are in this appeal, with evidence about the offender's rehabilitation efforts and prospects long after the initial sentencing. While the *Lévesque/Angelillo* test sets out the applicable legal framework for admitting this sort of evidence, appellate courts generally take a very cautious approach to intervening solely on the

. . .

. . . Lorsque la prétention véritable du délinquant est qu'il s'est amélioré au point d'avoir droit à une réévaluation de son statut, un appel de la décision initiale ne constitue pas le mécanisme auquel celui-ci doit recourir pour obtenir cette nouvelle évaluation. [par. 20 et 23]

C. *La déclaration de délinquant dangereux devrait elle néanmoins être annulée?*

[41] Comme je l'ai expliqué, la Cour d'appel a interprété trop largement le rôle joué par les nouveaux éléments de preuve en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir réparateur. À mon avis, les nouveaux éléments de preuve n'ont aucun rôle à jouer à cet égard en l'espèce. Il ne reste alors qu'à déterminer si la déclaration de délinquant dangereux devrait être annulée parce qu'elle serait déraisonnable. C'est sous cet angle, à mon avis, qu'il convient de se demander si la Cour d'appel a commis une erreur dans sa conclusion finale selon laquelle l'appel devait être rejeté. À mon avis, elle n'a pas commis d'erreur.

[42] Le délinquant peut interjeter appel d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux au motif que cette décision est déraisonnable : *Currie*. Les nouveaux éléments de preuve ont donc peut être un rôle plus important à jouer lorsque la cour d'appel effectue un contrôle sur ce fondement que lorsqu'elle est appelée à se demander si une erreur de droit est ou non inoffensive. Bien que les nouveaux éléments de preuve doivent satisfaire aux critères de l'arrêt *Palmer*, la cour d'appel peut examiner la peine au regard de l'ensemble du dossier, notamment de tout nouvel élément de preuve admissible. Le fardeau de la preuve incombe toutefois au délinquant lors d'un contrôle effectué sur ce fondement.

[43] Dans un appel interjeté à l'égard d'une déclaration de délinquant dangereux, la cour d'appel est souvent saisie longtemps après le prononcé de la sentence initiale — comme nous le sommes en l'espèce — d'éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant. Bien que le test des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* établisse le cadre juridique applicable à l'admission

basis of evidence of this nature: see, e.g., *R. v. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. v. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. v. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Appellate courts have also recognized that in a proper case, in which the evidence is sufficiently compelling, they may intervene on the basis of after-the-fact evidence: see, e.g., *Halliday*, at para. 17; *R. v. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. However, evidence about the offender's post-sentencing rehabilitative efforts and prospects will only exceptionally meet the *Lévesque/Angelillo* test. Those developments are generally speaking matters for the correctional authorities to consider in the course of administering the offender's indeterminate sentence.

de ce type d'éléments de preuve, les cours d'appel adoptent généralement une approche très prudente lorsqu'elles sont appelées à intervenir sur le seul fondement d'éléments de preuve de cette nature : voir, p. ex., *R. c. T.L.*, 2008 ONCA 766 (CanLII); *R. c. Mason* (2001), 147 O.A.C. 388; *Halliday*; *R. c. Henry*, 2002 BCCA 575, 174 B.C.A.C. 238; *Jimmie*. Les cours d'appel ont également reconnu que, dans certains cas où la preuve est suffisamment convaincante, elles peuvent intervenir sur le fondement d'éléments de preuve relatifs à des événements survenus après le fait : voir, p. ex., *Halliday*, par. 17; *R. c. Armistead*, 2003 BCCA 699, 192 B.C.A.C. 227. Toutefois, les éléments de preuve relatifs aux efforts et aux perspectives de réadaptation du délinquant après le prononcé de la sentence ne satisferont au critère des arrêts *Lévesque* et *Angelillo* que dans des cas exceptionnels. Ces faits nouveaux relèvent en général des autorités correctionnelles dans l'administration de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée infligée au délinquant.

[44] While fresh evidence has a potentially larger role to play in this context, the focus is still to a degree retrospective. The focus is on the impact of the new evidence on the sentencing proceeding, viewed in the context of the whole record.

[44] Bien que les nouveaux éléments de preuve puissent avoir un rôle plus important à jouer dans ce contexte, l'examen demeure dans une certaine mesure rétrospectif. L'accent est mis sur l'incidence de la nouvelle preuve sur la procédure de détermination de la peine, eu égard à l'ensemble du dossier.

[45] Mr. Sipos highlights that the thrust of the sentencing judge's reasons was that "[the latter] was unpersuaded on the record before him that [he] would <u>ever</u> be a suitable candidate for release even if a very long determinate sentence were imposed": A.F., at para. 38 (emphasis in original). Mr. Sipos refers to the sentencing judge's conclusion that there was "no hard evidence . . . supporting the probability of a cure" during any determinate sentence that could be imposed: *ibid.*, citing the sentencing judge's reasons, at para. 200. The sentencing judge based this conclusion on the findings that the appellant refused drug therapy and that any positive comments on rehabilitation prospects were "islands of optimism in a sea of pathology": sentencing judge's reasons, at para. 201. Mr. Sipos submits that the new evidence from Dr. McMaster shows that the

[45] M. Sipos souligne que, selon ce qui ressort essentiellement des motifs du juge chargé de déterminer la peine, celui-ci [TRADUCTION] « n'était pas convaincu, au vu du dossier soumis, qu'[il] serait <u>un jour</u> apte à être remis en liberté, même si une très longue peine de détention d'une durée déterminée lui était infligée » : m.a., par. 38 (souligné dans l'original). Il reprend la conclusion du juge selon laquelle il n'y avait « aucune preuve tangible [. . .] étayant la probabilité d'une guérison » pendant la durée d'une peine d'incarcération pour une période déterminée : *ibid.*, citant les motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 200. Le juge s'est appuyé à cet égard sur la conclusion selon laquelle l'appelant avait refusé la pharmacothérapie et sur celle portant que les commentaires positifs quant à ses perspectives de réadaptation n'étaient que des « îlots

assessment at the time of the original sentencing hearing was unduly pessimistic.

d'optimisme dans un océan de comportements pathologiques » : motifs du juge ayant statué sur la peine, par. 201. Or, selon M. Sipos, les nouveaux éléments de preuve produits par le Dr McMaster illustrent que l'évaluation effectuée au moment de l'audience initiale de détermination de la peine était indûment pessimiste.

[46] As the appellant's case rests on Dr. McMaster's report, it is useful to summarize its key elements and conclusions. Dr. McMaster produced a comprehensive report in 2010 assessing Mr. Sipos' psychiatric status. He was asked "whether Mr. Sipos present[ed] with a substantial risk of re-offence [as of 2010] and if there [was] a reasonable possibility of eventual control of that risk in the community". Dr. McMaster concluded that Mr. Sipos "continue[d] to meet the standard for being found a dangerous offender (D.O.)".

[46] Comme la thèse de l'appelant repose sur le rapport du Dr McMaster, il convient d'en résumer les éléments et les conclusions clés. En 2010, le Dr McMaster a produit un rapport exhaustif sur l'état psychiatrique de M. Sipos. On lui a demandé [TRADUCTION] « si M. Sipos présent[ait] un risque élevé de récidive [en 2010] et s'il y a[vait] une possibilité raisonnable que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité ». Le Dr McMaster a conclu que M. Sipos « satisfai[sait] toujours à la norme applicable pour être déclaré délinquant dangereux (D.D.) ».

[47] Dr. McMaster noted that some factors, which he reviewed in detail, suggested that Mr. Sipos was "now suitable for gradual release and reintegration into the community". These factors included "his increased age, his successful treatment at sex offender and other groups, [his] successful treatment with sex drive reducing medication, and his plans which will assist him in adjusting to living in the community". Dr. McMaster noted, however, that it was "unclear" whether Mr. Sipos' success in sex offender groups and lower risk would result in no recidivism in the "real world practical sense" and that any reintegration into the community should be undertaken in a "slow and step-wise fashion" using "extremely close monitoring and structure". He concluded that from a psychiatric perspective he would not consider Mr. Sipos to be an assumable risk for the community until approximately the age of 60 with a further period of 10 years under a long-term supervision order "for safe measure". In other words, Dr. McMaster thought there was a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community if Mr. Sipos were released from incarceration in about 2016 and was subject to the maximum 10-year long-term supervision order. This opinion was subject to many qualifications in relation to such matters as whether Mr. Sipos' advancing age would in fact reduce the risk;

[47] Le Dr McMaster a souligné que selon certains facteurs, qu'il avait examinés en détail, M. Sipos [TRADUCTION] « était maintenant apte à être progressivement remis en liberté et réinséré dans la collectivité ». Ces facteurs comprenaient « son âge plus avancé, le succès de son traitement dans les groupes de délinquants sexuels et autres, le succès de son traitement à l'aide de médicaments destinés à réduire la pulsion sexuelle, et ses plans en vue de faciliter son adaptation à la vie dans la collectivité ». Le Dr McMaster a toutefois souligné qu'il n'était « pas clair » que la réussite de M. Sipos dans les groupes de délinquants sexuels et la diminution du risque qu'il posait se traduiraient « concrètement » par une absence de récidive, et qu'une réinsertion dans la collectivité devait donc se faire « lentement et progressivement » par la mise en place « d'une surveillance serrée et d'une structure étroitement coordonnée ». D'un point de vue psychiatrique, M. Sipos ne présenterait pas, selon lui, un risque maîtrisable au sein de la collectivité avant d'avoir atteint approximativement l'âge de 60 ans et d'avoir été assujetti — « par mesure de précaution » — à une période de surveillance de longue durée de 10 ans. Autrement dit, le Dr McMaster était d'avis qu'il y avait une possibilité raisonnable de contrôle du risque au sein de la collectivité si M. Sipos était remis en liberté vers 2016 et était assujetti à

whether he would continue to take medication reducing his sex drive; whether his motivation to engage in treatment would be decreased if he were released into the community and whether adequate supervision was available in a community setting.

l'ordonnance maximale de surveillance de longue durée de 10 ans. Cette opinion comportait de nombreuses réserves en ce qui a trait notamment aux questions de savoir si le vieillissement de M. Sipos réduirait effectivement le risque, s'il continuerait de prendre ses médicaments destinés à réduire sa pulsion sexuelle, si sa motivation à suivre un traitement diminuerait en cas de remise en liberté dans la collectivité et s'il était possible d'assurer une supervision adéquate dans la collectivité.

[48] This evidence shows that Mr. Sipos has made commendable progress in recent years, progress that was not foreseen at the time of his sentencing in 1998. However, Dr. McMaster's report, viewed in light of the full record before the sentencing judge, falls considerably short of showing that the dangerous offender designation was unreasonable. I agree with Doherty J.A. that, placing ourselves in the position of the sentencing judge with the added information from Dr. McMaster's assessment, there is no reasonable possibility that the result would have been different. It follows that there is also insufficient evidence to show that the sentencing judge's decision, even had he had the benefit of Dr. McMaster's report, was unreasonable. As Doherty J.A. put it:

[48] Cette preuve montre que M. Sipos a fait des progrès louables au cours des dernières années, progrès qui n'avaient pas été prévus au moment de la détermination de sa peine en 1998. Cependant, examiné à la lumière de l'ensemble du dossier dont disposait le juge chargé de déterminer la peine, le rapport du Dr McMaster est loin d'établir que la déclaration de délinquant dangereux était déraisonnable. Je conviens avec le juge Doherty de la Cour d'appel qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le résultat eût été différent si le juge chargé de prononcer la peine avait été saisi de ce complément d'information. La preuve est donc également insuffisante pour établir que la décision rendue par le juge ayant prononcé la peine était déraisonnable, même si celui ci avait pu prendre connaissance du rapport du Dr McMaster. Comme le souligne le juge Doherty :

> I do not think that Dr. McMaster's risk assessment casts any doubt on the trial judge's assessment that as of 1998, an indeterminate sentence was the appropriate sentence. Despite the positive treatment developments, Dr. McMaster still viewed the appellant's potential release into the community as about six years distant. We now know, with the benefit of hindsight, and accepting Dr. McMaster's opinion, that on a "best case" scenario, the appellant's potential for release into the community was at least some 18 years away in 1998. [Emphasis added; para. 34.]

> [TRADUCTION] Je ne crois pas que l'évaluation du risque menée par le Dr McMaster permette de douter de la conclusion du juge de première instance selon laquelle une peine d'incarcération d'une durée indéterminée constituait la sentence appropriée en 1998. Malgré l'évolution positive du traitement, le Dr McMaster considérait néanmoins que l'appelant ne devrait pas pouvoir être libéré dans la collectivité avant environ six ans. Nous savons maintenant, avec le recul, et si l'on accepte l'opinion du Dr McMaster que, dans le « meilleur des cas », l'appelant devait, en 1998, passer au moins 18 ans en détention avant de pouvoir potentiellement être libéré dans la collectivité. [Je souligne; par. 34.]

[49] Nor am I persuaded that this evidence places the appeal in that exceptional category in which the evidence is sufficiently compelling that it demands appellate intervention.

[49] Je ne suis pas convaincu non plus que l'appel fait partie des cas exceptionnels où les nouveaux éléments de preuve sont suffisamment convaincants pour justifier une intervention.

[50] My view is that the Court of Appeal was correct to uphold the dangerous offender designation in this case.

IV. Disposition

[51] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Dawe & Dineen, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

[50] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de confirmer en l'espèce la déclaration de délinquant dangereux.

IV. Dispositif

[51] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Dawe & Dineen, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Andrew Keewatin Jr. and Joseph William Fobister, on their own behalf and on behalf of all other members of the Grassy Narrows First Nation *Appellants*

v.

Minister of Natural Resources, Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.), Attorney General of Canada and Goldcorp Inc. *Respondents*

- and -

Leslie Cameron, on his own behalf and on behalf of all other members of the Wabauskang First Nation *Appellant*

v.

Minister of Natural Resources, Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.), Attorney General of Canada and Goldcorp Inc. *Respondents*

and

Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Grand Council of Treaty # 3, Blood Tribe, Beaver Lake Cree Nation, Ermineskin Cree Nation, Siksika Nation, Whitefish Lake First Nation # 128, Fort McKay First Nation, Te'mexw Treaty Association, Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation, Ojibways of Onigaming First Nation, Big Grassy First Nation, Naotkamegwanning First Nation, Métis Nation of Ontario, Cowichan Tribes, represented by Chief William Charles Seymour, on his own behalf and on behalf of the members of the Cowichan Tribes, Lac Seul

Andrew Keewatin Jr. et Joseph William Fobister, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Grassy Narrows *Appelants*

c.

Ministre des Ressources naturelles, PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.), procureur général du Canada et Goldcorp Inc. *Intimés*

- et -

Leslie Cameron, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Wabauskang *Appelant*

c.

Ministre des Ressources naturelles, PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.), procureur général du Canada et Goldcorp Inc. *Intimés*

et

Procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Grand Conseil du Traité nº 3, Tribu des Blood, Nation crie de Beaver Lake, Nation crie d'Ermineskin, Nation Siksika, Première Nation du lac Whitefish nº 128, Première Nation de Fort McKay, Association du traité des Te'mexw, Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, Première Nation des Ojibways d'Onigaming, Première Nation de Big Grassy, Première Nation de Naotkamegwanning, Métis Nation of Ontario, Tribus Cowichan, représentées par le chef William Charles Seymour, en son propre nom et au nom des membres des Tribus

First Nation, Sandy Lake First Nation and Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood *Interveners*

Indexed as: Grassy Narrows First Nation *v.* Ontario (Natural Resources)

2014 SCC 48

File No.: 35379.

2014: May 15; 2014: July 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Aboriginal law — Treaty rights — Harvesting rights — Interpretation of taking-up clause — Certain lands subject to treaty annexed to Ontario after signature of treaty between Ojibway and Canada — Whether province has authority to take up tracts of that land so as to limit harvesting rights under treaty or whether it requires federal approval to do so — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Constitution Act, 1982, s. 35 — Treaty No. 3.

In 1873, Treaty 3 was signed by treaty commissioners acting on behalf of the Dominion of Canada and Ojibway Chiefs from what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. The Ojibway yielded ownership of their territory, except for certain lands reserved to them. Among other things, they received in return the right to harvest the non-reserve lands surrendered by them until such time as they were "taken up" for settlement, mining, lumbering, or other purposes by the Government of the Dominion of Canada. At the time that Treaty 3 was signed, a portion of land known as the Keewatin area was under the exclusive control of Canada. It was annexed to Ontario in 1912 and since that time, Ontario has issued licences for the development of those lands.

In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendents of the Ojibway signatories of Treaty 3, commenced an action challenging a forestry licence issued by Ontario to a large pulp and paper manufacturer and which authorized clear-cut forestry operations within the Keewatin area.

Cowichan, Première Nation du lac Seul, Première Nation du lac Sandy et Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada *Intervenants*

Répertorié : Première Nation de Grassy Narrows *c.* Ontario (Ressources naturelles)

2014 CSC 48

N° du greffe : 35379.

2014 : 15 mai; 2014 : 11 juillet.

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

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

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droits de récolte — Interprétation d'une clause de prise des terres — Annexion à l'Ontario de certaines terres visées par un traité signé par les Ojibways et le Canada — La province a-t-elle le pouvoir de prendre des étendues de terres et de restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité ou doit-elle obtenir au préalable l'approbation du gouvernement fédéral? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(5), 92A, 109 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Traité n° 3.

En 1873, le Traité n° 3 a été signé par les commissaires chargés de sa négociation au nom du Dominion du Canada, et par les chefs ojibways de ce qui correspond aujourd'hui au nord-ouest ontarien et à l'est manitobain. Les Ojibways ont cédé la propriété de leur territoire, à l'exception d'une partie qui leur a été réservée. En contrepartie, ils ont notamment obtenu un droit de récolte sur les terres cédées situées à l'extérieur de leur réserve jusqu'à ce que ces terres soient « prises » par le gouvernement du Dominion du Canada à des fins de colonisation, d'exploitation minière, d'exploitation forestière ou autres. Au moment de la signature du traité, le Canada avait le contrôle exclusif d'une partie des terres de la région dite de Keewatin, laquelle a été annexée à l'Ontario en 1912, de sorte que la province a délivré par la suite des permis de mise en valeur des terres en cause.

En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways signataires du Traité n° 3, a intenté une action pour contester un permis d'exploitation forestière délivré par l'Ontario à une grande entreprise de pâtes et papiers autorisant la coupe à blanc dans la région de Keewatin.

The trial judge held that Ontario could not take up lands within the Keewatin area so as to limit treaty harvesting rights without first obtaining Canada's approval. According to her, the taking-up clause in the treaty imposed a two-step process involving federal approval for the taking up of Treaty 3 lands added to Ontario in 1912.

La juge de première instance a statué que l'Ontario ne pouvait prendre des terres de la région de Keewatin et restreindre ainsi les droits de récolte des Ojibways sans obtenir au préalable l'approbation du Canada. À son avis, la clause du traité sur la prise des terres imposait un processus en deux étapes qui supposait l'approbation préalable du gouvernement fédéral de toute prise des terres intégrées à l'Ontario en 1912.

The Ontario Court of Appeal allowed the appeals brought before it. That court held that s. 109 of the *Constitution Act, 1867* gives Ontario beneficial ownership of Crown lands within Ontario. That provision, combined with provincial jurisdiction over the management and sale of provincial public lands and the exclusive provincial power to make laws in relation to natural resources, gives Ontario exclusive legislative authority to manage and sell lands within the Keewatin area in accordance with Treaty 3 and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit aux appels dont elle a été saisie. Elle a statué que l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à l'Ontario la propriété effective des terres publiques situées dans la province. De pair avec la compétence de la province pour l'administration et la vente des terres publiques et sa compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ressources naturelles, cette disposition confère à la seule province de l'Ontario le pouvoir législatif d'administrer et de vendre des terres de la région de Keewatin conformément au Traité n° 3 et à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Held: The appeal should be dismissed.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

The central question on this appeal is whether Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 so as to limit the harvesting rights under the treaty, or whether this is subject to Canada's approval.

La question que soulève essentiellement le pourvoi est celle de savoir si l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 et restreindre ainsi l'exercice des droits de récolte conférés par le traité, ou si elle doit obtenir au préalable l'approbation du gouvernement du Canada.

Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This is confirmed by constitutional provisions, the interpretation of the treaty, and legislation dealing with Treaty 3 lands.

L'Ontario, et seulement cette province, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité n° 3, ce que confirment les dispositions d'ordre constitutionnel, l'interprétation du traité et les lois portant sur les terres visées par le traité.

First, although Treaty 3 was negotiated by the federal government, it is an agreement between the Ojibway and the Crown. Both levels of government are responsible for fulfilling the treaty promises when acting within the division of powers under the Constitution. Sections 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867* establish conclusively that Ontario holds the beneficial interest in the Keewatin lands and has exclusive power to manage and sell those lands as well as to make laws in relation to the resources on or under those lands. Together, these provisions give Ontario the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 for provincially regulated purposes such as forestry. Further; s. 91(24) of that same Act does not give Canada the authority to take up provincial land for exclusively provincial purposes.

Premièrement, même si le traité a été négocié par le gouvernement fédéral, il s'agit d'un accord entre les Ojibways et la Couronne. Le respect des promesses contenues dans le traité incombe aux deux ordres de gouvernement en conformité avec le partage des pouvoirs opéré par la Constitution. Les articles 109 et 92A, ainsi que le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, établissent sans l'ombre d'un doute que l'Ontario détient la propriété effective des terres de la région de Keewatin et qu'elle possède une compétence exclusive pour administrer et vendre ces terres, de même que pour légiférer sur les ressources qui s'y trouvent. Considérées ensemble, ces dispositions confèrent à l'Ontario le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 à des fins assujetties au pouvoir de réglementation provincial, telle la foresterie. En outre, le par. 91(24) de la même loi n'investit pas le Canada du pouvoir de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales.

Second, nothing in the text or history of the negotiation of Treaty 3 suggests that a two-step process requiring federal supervision or approval was intended. The text of the taking-up clause supports the view that the right to take up land rests with the level of government that has jurisdiction under the Constitution. The reference in the treaty to Canada merely reflects the fact that the lands at the time were in Canada, not Ontario.

Lastly, legislation subsequent to the signature of the treaty and which dealt with Treaty 3 lands confirmed Ontario's right to take up that land by virtue of its control and beneficial ownership of the territory. It did not amend the terms of Treaty 3.

Ontario's power to take up lands under Treaty 3 is not unconditional. When a government — be it the federal or a provincial government — exercises Crown power, the exercise of that power is burdened by the Crown obligations toward the Aboriginal people in question. Here, Ontario must exercise its powers in conformity with the honour of the Crown, and the exercise of those powers is subject to the fiduciary duties that lie on the Crown in dealing with Aboriginal interests. For Treaty 3 land to be taken up, the harvesting rights of the Ojibway over the land must be respected. Any taking up of land in the Keewatin area for forestry or other purposes must meet the conditions set out by this Court in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. If the taking up leaves the Ojibway with no meaningful right to hunt, fish or trap in relation to the territories over which they traditionally hunted, fished, and trapped, a potential action for treaty infringement will arise.

Cases Cited

Referred to: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.

Deuxièmement, ni le libellé du Traité nº 3 ni l'historique de sa négociation ne permettent de conclure à la volonté des parties d'établir un processus en deux étapes exigeant la surveillance du fédéral ou son approbation. Le libellé de la clause de prise des terres confirme que le droit de prendre des terres appartient au palier de gouvernement dont la Constitution reconnaît la compétence. La seule mention du Canada dans le traité s'explique par le fait que les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario.

Enfin, les dispositions législatives adoptées après la signature du traité et portant sur les terres visées par celui-ci confirment le droit de l'Ontario de prendre les terres du fait de sa possession et de sa propriété effective du territoire. Elles n'ont pas modifié les conditions du Traité nº 3.

Le pouvoir de l'Ontario de prendre des terres visées par le Traité nº 3 n'est pas inconditionnel. Le gouvernement qui exerce un pouvoir de la Couronne — qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial — est assujetti aux obligations de la Couronne envers le peuple autochtone concerné. En l'espèce, l'Ontario doit exercer ses pouvoirs conformément à l'honneur de la Couronne et elle est assujettie, dans cet exercice, aux obligations fiduciaires de Sa Majesté à l'égard des intérêts autochtones. Toute prise de terres visées par le Traité nº 3 et situées dans la région de Keewatin doit respecter les droits de récolte des Ojibways sur ces terres. Lorsqu'elle se produit à des fins d'exploitation forestière ou autre, elle doit respecter les conditions énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Lorsque la prise de terres a pour effet de dépouiller les Ojibways de tout droit réel de chasse, de pêche ou de piégeage sur leurs territoires traditionnels de pêche, de chasse et de piégeage, une action en violation du traité pourra être intentée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Dominion of Canada c. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.

Statutes and Regulations Cited

Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5, Sch., s. 1.
Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (Ont.), 54 Vict., c. 3, Sch., s. 1.
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92A, 92(5), 109.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Ontario Boundaries Extension Act, S.C. 1912, c. 40, s. 2.

Lois et règlements cités

Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (Ont.), 54 Vict., ch. 3, ann., art. 1.
Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5, ann., art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92A, 92(5), 109.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi de l'extension des frontières de l'Ontario, S.C. 1912, ch. 40, art. 2.

Treaties and Other International Instruments

Treaty No. 3 (1873).

Traités et autres instruments internationaux

Traité nº 3 (1873).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401, 304 O.A.C. 250, [2013] 3 C.N.L.R. 281, [2013] O.J. No. 1138 (QL), 2013 CarswellOnt 2910, setting aside a decision of Sanderson J., 2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13, [2011] O.J. No. 3907 (QL), 2011 CarswellOnt 8900. Appeal dismissed.

Robert J. M. Janes and *Elin R. Sigurdson*, for the appellants Andrew Keewatin Jr. and Joseph William Fobister, on their own behalf and on behalf of all other members of the Grassy Narrows First Nation.

Bruce McIvor and *Kathryn Buttery*, for the appellant Leslie Cameron, on his own behalf and on behalf of all other members of the Wabauskang First Nation.

Michael R. Stephenson, *Mark Crow* and *Christine Perruzza*, for the respondent the Minister of Natural Resources.

Christopher J. Matthews, for the respondent Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.).

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, and *Mitchell R. Taylor*, *Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Gillese et Juriansz), 2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401, 304 O.A.C. 250, [2013] 3 C.N.L.R. 281, [2013] O.J. No. 1138 (QL), 2013 CarswellOnt 2910, qui a infirmé une décision de la juge Sanderson, 2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13, [2011] O.J. No. 3907 (QL), 2011 CarswellOnt 8900. Pourvoi rejeté.

Robert J. M. Janes et *Elin R. Sigurdson*, pour les appelants Andrew Keewatin Jr. et Joseph William Fobister, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Grassy Narrows.

Bruce McIvor et *Kathryn Buttery*, pour l'appelant Leslie Cameron, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Wabauskang.

Michael R. Stephenson, *Mark Crow* et *Christine Perruzza*, pour l'intimé le ministre des Ressources naturelles.

Christopher J. Matthews, pour l'intimée PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.).

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, et *Mitchell R. Taylor*, *c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Thomas F. Isaac, *William J. Burden*, *Linda I. Knol* and *Brian P. Dominique*, for the respondent Goldcorp Inc.

Heather Leonoff, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Paul E. Yearwood, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Richard James Fyfe and *Macrina Badger*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Douglas B. Titosky, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Zachary Davis, *Peter W. Hutchins* and *Jessica Labranche*, for the intervener the Grand Council of Treaty # 3.

Meaghan M. Conroy and *Abram B. Averbach*, for the interveners the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation and the Whitefish Lake First Nation # 128.

Written submissions only by *Karin Buss* and *Kirk Lambrecht*, *Q.C.*, for the intervener the Fort McKay First Nation.

Karey Brooks, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Donald R. Colborne, for the interveners the Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation and the Naotkamegwanning First Nation.

Jason Madden and *Nuri G. Frame*, for the intervener the Métis Nation of Ontario.

David M. Robbins, *Dominique Nouvet* and *Heather Mahony*, for the intervener the Cowichan Tribes, represented by Chief William Charles Seymour, on his own behalf and on behalf of the members of the Cowichan Tribes.

Thomas F. Isaac, *William J. Burden*, *Linda I. Knol* et *Brian P. Dominique*, pour l'intimée Goldcorp Inc.

Heather Leonoff, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Paul E. Yearwood, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe et *Macrina Badger*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Douglas B. Titosky, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Zachary Davis, *Peter W. Hutchins* et *Jessica Labranche*, pour l'intervenant le Grand Conseil du Traité nº 3.

Meaghan M. Conroy et *Abram B. Averbach*, pour les intervenantes la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish nº 128.

Argumentation écrite seulement par *Karin Buss* et *Kirk Lambrecht*, *c.r.*, pour l'intervenante la Première Nation de Fort McKay.

Karey Brooks, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

Donald R. Colborne, pour les intervenantes la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, la Première Nation des Ojibways d'Onigaming, la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning.

Jason Madden et *Nuri G. Frame*, pour l'intervenante Métis Nation of Ontario.

David M. Robbins, *Dominique Nouvet* et *Heather Mahony*, pour l'intervenante les Tribus Cowichan, représentées par le chef William Charles Seymour, en son propre nom et au nom des membres des Tribus Cowichan.

David G. Leitch, for the interveners the Lac Seul First Nation and the Sandy Lake First Nation.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Catherine J. Boies Parker*, for the intervener the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] In the early 1870s, Canada was a young country looking to promote Western expansion and Confederation. Settlers travelled west along an immigrant travel route called the Dawson Route, and British Columbia agreed to join Confederation on the condition that Canada build a transcontinental railway. But the immigrant travel route and the prospective railway to the west ran through traditional Ojibway land in what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. Canada was concerned about the security of immigrant travellers and surveyors preparing for the construction of the Canadian Pacific Railway ("CPR"), and feared that it may need to station troops in the area. Securing a safe route through the Ojibway lands was critical for the addition of British Columbia to Confederation and to the development of the West. It was against this historical backdrop that Treaty 3, which is at the heart of this case, was negotiated.

[2] In 1873, Treaty 3 was signed by treaty commissioners acting on behalf of the Dominion of Canada and Chiefs of the Ojibway. The Ojibway yielded ownership of their territory, except for certain lands reserved to them. In return, the Ojibway received annuity payments, goods, and the right to harvest the non-reserve lands surrendered by them until such time as they were "taken up" for settlement, mining, lumbering, or other purposes by the Government of the Dominion of Canada.

David G. Leitch, pour les intervenantes la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Catherine J. Boies Parker*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Au début des années 1870, le Canada était un jeune pays désireux de promouvoir l'expansion vers l'Ouest et la Confédération. Les colons se déplaçaient vers l'ouest sur une voie empruntée par les immigrants et appelée route Dawson, et la Colombie-Britannique acceptait de se joindre à la Confédération à la condition que le Canada construise un chemin de fer transcontinental. Or, la route des immigrants et le chemin de fer projeté vers l'ouest traversaient les terres traditionnelles des Ojibways situées dans ce qui correspond aujourd'hui au nord-ouest de l'Ontario et à l'est du Manitoba. Soucieux de la sécurité des immigrants en déplacement et des arpenteurs qui s'affairaient en vue de la construction du chemin de fer Canadien Pacifique, le Canada craignait de devoir stationner des troupes dans la région. La création d'une route sûre qui traverse les terres des Ojibways était essentielle à l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération et au développement de l'Ouest. C'est dans ce contexte historique que le Traité n° 3 — qui est au cœur du litige — a été négocié.

[2] En 1873, le Traité n° 3 a été signé par les commissaires chargés de sa négociation au nom du Dominion du Canada, et par les chefs des Ojibways. Les Ojibways ont cédé la propriété de leur territoire, à l'exception d'une partie qui leur a été réservée. Ils obtenaient en contrepartie une rente, des biens et des droits de récolte sur les terres cédées situées à l'extérieur de leur réserve jusqu'à ce que ces terres soient « prises » par le gouvernement du Dominion du Canada à des fins de colonisation, d'exploitation minière, d'exploitation forestière ou autres.

[3] The Treaty 3 lands include the Keewatin area. At the time Treaty 3 was concluded, the Keewatin area was under the exclusive control of Canada. In 1912, it was annexed to Ontario through *The Ontario Boundaries Extension Act*, S.C. 1912, c. 40 ("1912 Legislation"), and since that time, Ontario has issued licences for the development of lands in the Keewatin area. In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendents of the Ojibway signatories of Treaty 3, commenced an action challenging a forestry licence for lands that fell within the Keewatin area. The legal issue in this case is whether Ontario can "take up" lands in the Keewatin area under Treaty 3 so as to limit the harvesting rights under the treaty, or whether it needs federal authorization to do so.

[4] I conclude that Ontario has the authority to take up lands in the Keewatin area so as to limit the harvesting rights set out in Treaty 3. By virtue of ss. 109, 92A, and 92(5) of the *Constitution Act, 1867*, Ontario alone has the ability to take up Treaty 3 land and regulate it in accordance with the treaty and its obligations under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. A two-step process involving federal approval for provincial taking up was not contemplated by Treaty 3.

II. History of Treaty 3

A. *Treaty 3 Territory*

[5] The Treaty 3 territory covers approximately 55,000 sq. mi. in what is now Northwestern Ontario and Eastern Manitoba. In 1873, Canada claimed ownership over all the Treaty 3 lands. The Keewatin area was unquestionably under Canada's jurisdiction at that time, but the ownership of the rest of the Treaty 3 territory was disputed with Ontario. Since 1912, all of the Treaty 3 territory, except for a small portion in Manitoba, has been within the borders of

[3] La région de Keewatin fait partie des terres cédées par le Traité nº 3. Au moment de la signature du traité, le Canada avait l'autorité exclusive sur cette région. En 1912, la région de Keewatin a été annexée à l'Ontario par la *Loi de l'extension des frontières de l'Ontario*, S.C. 1912, ch. 40 (« loi de 1912 »), et depuis, la province a délivré des permis pour la mise en valeur des terres de cette région. En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways signataires du Traité nº 3, a intenté une action pour contester un permis d'exploitation forestière délivré pour des terres comprises dans la région de Keewatin. La question de droit à trancher est celle de savoir si le Traité nº 3 permet à l'Ontario de « prendre » des terres dans cette région — et de restreindre ainsi les droits de récolte conférés par le traité — ou s'il doit obtenir au préalable l'autorisation du gouvernement fédéral.

[4] Je conclus que l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin et de restreindre ainsi les droits de récolte conférés par le Traité nº 3. Suivant les art. 109 et 92A et le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seul l'Ontario a le pouvoir de prendre les terres visées par le Traité nº 3 et de les soumettre à sa réglementation en conformité avec le traité et avec les obligations que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les parties au Traité nº 3 n'ont pas envisagé de processus en deux étapes comportant l'approbation par le gouvernement fédéral de la décision de la province de prendre des terres.

II. Historique du Traité nº 3

A. *Territoire visé par le Traité nº 3*

[5] La superficie du territoire visé par le Traité nº 3 et situé dans ce qui correspond maintenant au nord-ouest de l'Ontario et à l'est du Manitoba est d'environ 55 000 milles carrés. En 1873, le Canada a revendiqué la propriété de la totalité des terres visées par le Traité nº 3. La région de Keewatin relevait alors incontestablement de la compétence du Canada, mais l'appartenance du reste du territoire cédé dans le traité faisait l'objet d'un différend avec

Ontario. This appeal only concerns the Keewatin area.

B. *Treaty Negotiations*

[6] In 1868, Canada needed to complete a treaty with the Ojibway in order to fulfill its promise to build a transcontinental railway to the west and to establish an immigrant travel route across the Treaty 3 lands.

[7] Treaty negotiations were attempted in 1871 and 1872, but failed. In 1873, intent on securing agreement, Canada appointed three new treaty commissioners: Alexander Morris, a founder of Confederation and the Lieutenant Governor of Manitoba, Joseph Provencher, a federal Indian agent, and Simon Dawson, who supervised the construction of the Dawson Route.

[8] The trial judge found that the Ojibway Chiefs who were key players in the negotiation of Treaty 3 were in no rush to make a deal. They were under no immediate threat, as settlers were only passing through their territory, not settling on it. They were only prepared to cooperate if they could retain their way of life, particularly their traditional hunting, fishing and trapping activities.

[9] The negotiations lasted from October 1 to October 3, 1873. There are several historical accounts of the negotiations leading to the conclusion of the treaty: Morris's official report on the making of the treaty, a record of discussions published in *The Manitoban* newspaper, handwritten notes prepared by Dawson during the negotiations, the notes taken on behalf of the Ojibway Chiefs by a Métis hired by them and a record of negotiations published in *The Manitoba Free Press*.

[10] On October 3, 1873, the parties signed Treaty 3. The Ojibway ceded the Treaty 3 territory

l'Ontario. Depuis 1912, la totalité du territoire visé par le Traité n° 3, sauf une petite partie située au Manitoba, se trouve en Ontario. Le pourvoi ne concerne que la région de Keewatin.

B. *Négociations préalables au traité*

[6] En 1868, le Canada devait signer un traité avec les Ojibways afin de respecter sa promesse de construire une ligne de chemin de fer transcontinentale qui donnerait accès à l'Ouest et de tracer une route qui permettrait aux immigrants de traverser les terres visées par le Traité n° 3.

[7] Les négociations entamées en 1871 et 1872 ont échoué. Déterminé à parvenir à un accord, le Canada a nommé, en 1873, trois nouveaux commissaires chargés de la négociation. Il s'agissait d'Alexander Morris, l'un des Pères fondateurs de la Confédération et lieutenant-gouverneur du Manitoba, de Joseph Provencher, représentant du gouvernement fédéral auprès des Indiens, et de Simon Dawson, directeur des travaux de construction de la route Dawson.

[8] La juge de première instance conclut que les chefs ojibways qui ont joué un rôle clé dans la négociation du Traité n° 3 n'étaient pas pressés de conclure un accord. Il n'y avait aucune menace immédiate, car les colons ne faisaient que traverser leur territoire sans s'y établir. Ils n'étaient disposés à collaborer que s'ils pouvaient conserver leur mode de vie et, notamment, leurs activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage.

[9] Les négociations se sont déroulées du 1er au 3 octobre 1873. Il existe plusieurs récits des négociations qui ont abouti à la signature du traité : le rapport officiel de Morris sur la conclusion du traité, le compte rendu publié dans le journal *The Manitoban*, les notes manuscrites de Dawson durant les négociations, les notes prises pour le compte des chefs ojibways par un Métis dont ils avaient retenu les services et le compte rendu publié dans *The Manitoba Free Press.*

[10] Le 3 octobre 1873, les parties ont signé le Traité n° 3. Les Ojibways cédaient le territoire en

to Canada in return for reserves, annuities, and goods. The treaty also provided that the Ojibway would retain harvesting rights on the non-reserve land within the Treaty 3 territory until the land was "taken up".

C. *The Harvesting Rights and the Taking-Up Clause*

[11] The harvesting rights were set out in the text of the treaty as follows (the "taking-up clause"):

> . . . they, the said Indians, shall have [the] right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the [said] tract surrendered as hereinbefore described . . . and saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government. [p. 6]

[12] At the Court of Appeal, the parties disagreed about the trial judge's interpretation of the scope of the taking-up clause. It was suggested by Ontario and Canada that the trial judge interpreted the treaty so as to restrict the exercise of the taking-up clause to the Dawson Route and the CPR line such that other areas within the Treaty 3 territory could not be "taken up". The Court of Appeal rejected this interpretation of the trial judge's findings, concluding that when her reasons are read as a whole, the trial judge found that the taking-up clause permitted the taking up of lands throughout the entire Treaty 3 territory, subject only to the legal limits imposed by the honour of the Crown and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The scope of the taking-up power in Treaty 3 is not at issue in this case, and I agree with the Court of Appeal's reading of the trial judge's reasons.

D. *Boundary Dispute*

[13] Treaty 3 was negotiated amidst a dispute between Ontario and Canada over Ontario's western and northern boundaries. Canada's position was

cause au Canada en contrepartie de réserves, de rentes et de biens. Le traité prévoyait également que les Ojibways conservaient leurs droits de récolte sur les terres visées par le Traité nº 3, mais non situées dans leur réserve, tant que ces terres n'étaient pas « prises ».

C. *Les droits de récolte et la clause de prise des terres*

[11] Les droits de récolte sont formulés comme suit dans le traité (la « clause de prise des terres ») :

> . . . ils, les dits Indiens, auront le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l'étendue du pays cédé comme décrit ci-haut [. . .], et excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement. [p. 6]

[12] En Cour d'appel, les parties ont fait valoir des points de vue opposés quant à la décision de la juge de première instance sur la portée de la clause de prise des terres. L'Ontario et le Canada ont laissé entendre que la juge avait interprété le traité de manière que la clause ne s'applique qu'à la route Dawson et qu'à la voie ferrée du Canadien Pacifique, de sorte que les autres parties du territoire ne pouvaient être « prises ». La Cour d'appel a rejeté cette interprétation des conclusions tirées en première instance. Au vu des motifs considérés dans leur ensemble, elle a estimé que, pour la juge, la clause permettait de prendre des terres sur tout le territoire visé par le traité, sous réserve uniquement des limitations d'ordre juridique découlant de l'honneur de la Couronne et de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La portée du pouvoir de prendre des terres conféré par le Traité nº 3 n'est pas en cause dans la présente affaire, et je suis d'accord avec l'interprétation des motifs de la juge de première instance par la Cour d'appel.

D. *Différend relatif aux frontières*

[13] Lorsque le Traité nº 3 a été négocié, un conflit opposait l'Ontario et le Canada au sujet des limites de la province à l'ouest et au nord. Le Canada

that all the Treaty 3 lands were under the control of the Dominion of Canada, while Ontario took the position that its boundaries extended westward to include much of the Treaty 3 lands. The lands that were the object of this dispute are referred to as the "disputed territory". The Keewatin area was not part of this dispute; it was unquestionably under the control of Canada at the time Treaty 3 was negotiated and signed. However, the boundary dispute, and the subsequent legislation that settled the dispute, nonetheless provide insight into the parties' understanding of the taking-up clause in Treaty 3.

soutenait que la totalité des terres visées par le Traité nº 3 relevait de la compétence du Dominion du Canada, alors que l'Ontario prétendait que ses limites s'étendaient à l'ouest de manière à englober une grande partie de ces terres. Les terres qui faisaient l'objet de ce différend constituent le « territoire disputé ». La région de Keewatin n'en faisait pas partie; nul ne contestait qu'elle relevait de la compétence du Canada au moment de la négociation et de la signature du Traité nº 3. Toutefois, le différend, ainsi que la loi qui l'a ensuite réglé, donnent néanmoins une idée de la manière dont les parties interprétaient la clause du Traité nº 3 sur la prise des terres.

[14] In 1874, Canada and Ontario reached a provisional boundary agreement. Under this agreement, Ontario would grant patents and licences for the lands to the east and south of the provisional boundary, while Canada would do so for the lands west and north of the boundary. Ontario's position in the boundary dispute was accepted by a panel of arbitrators in August 1878. The disputed territory was within Ontario's borders. This ruling was endorsed by the Judicial Committee of the Privy Council in 1884, and confirmed in reciprocal legislation in 1891: *An Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5; *An Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (Ont.), 54 Vict., c. 3 (the "1891 Legislation").

[14] En 1874, le Canada et l'Ontario ont convenu provisoirement que l'Ontario délivrerait des lettres patentes et des permis pour les terres situées à l'est et au sud d'une frontière fixée provisoirement, et que le Canada ferait de même pour les terres situées à l'ouest et au nord de cette frontière. En août 1878, la thèse défendue par l'Ontario dans le cadre du différend a été retenue par une formation d'arbitres. Le territoire disputé se situait à l'intérieur des limites de l'Ontario. La décision a été entérinée par le Comité judiciaire du Conseil privé en 1884, puis confirmée en 1891 par des lois de réciprocité, à savoir l'*Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages* (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5, et l'*Act for the settlement of questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands* (1891) (Ont.), 54 Vict., ch. 3 (les « lois de 1891 »).

[15] The 1891 Legislation incorporated a draft agreement between Canada and Ontario that was ultimately executed in 1894 (the "1894 Agreement"). Article 1 of the 1894 Agreement provided that as the disputed territory belonged to Ontario, "the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes

[15] Les lois de 1891 comprenaient un projet d'accord entre le Canada et l'Ontario que les parties ont finalement signé en 1894 (l'« accord de 1894 »). L'article premier de l'accord de 1894 prévoyait, vu l'appartenance à la province du territoire disputé, que « le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l'étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d'après le dit traité, cesse d'exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d'Ontario ou ses agents

by the Government of Ontario" (Schedule to 1891 Legislation (U.K.)). In other words, Ontario was responsible for the "taking up" of Treaty 3 lands within its boundaries.

E. *1912 Transfer of Keewatin*

[16] As noted above, the Keewatin area was not part of the boundary dispute between Canada and Ontario. At the time Treaty 3 was concluded, it was part of Canada. There was no suggestion that Ontario had any interest in the Keewatin area at that time.

[17] The 1912 Legislation extended Ontario's borders to include the Keewatin area.

III. Judicial History

A. *The Claim*

[18] In 1997, Ontario's Minister of Natural Resources issued a licence to Abitibi-Consolidated Inc. (now known as Resolute FP Canada Inc.), a large pulp and paper manufacturer, to carry out clear-cut forestry operations on Crown lands situated within the Keewatin area. In 2005, the Grassy Narrows First Nation, descendents of the Ojibway signatories of Treaty 3, launched an action to set aside the forestry licence on the basis that it violated their Treaty 3 harvesting rights.

[19] In 2006, Spies J. made a case management order dividing the trial into two phases. The first phase consisted of two threshold questions: (1) Does Ontario have the authority to "take up" tracts of land within the Keewatin area so as to limit Treaty 3 harvesting rights? and (2) If the answer to the first question is no, does Ontario have the authority under the *Constitution Act, 1867* to justifiably infringe the appellants' treaty rights?

dûment autorisés, pour la colonisation, les exploitations minières et forestières ou pour d'autres fins » (annexe des lois de 1891 (R.-U.)). En d'autres termes, l'Ontario avait le pouvoir de prendre les terres visées par le Traité nº 3 et situées à l'intérieur de ses limites.

E. *Transfert de 1912*

[16] Rappelons que la région de Keewatin ne faisait pas l'objet du différend opposant le Canada et l'Ontario au sujet des limites de la province. Au moment de la signature du Traité nº 3, la région de Keewatin faisait partie du Canada. Nul ne laissait entendre que l'Ontario avait alors quelque droit sur la région.

[17] La loi de 1912 a eu pour effet d'étendre les limites de l'Ontario et d'englober la région de Keewatin.

III. Historique judiciaire

A. *La demande*

[18] En 1997, le ministre des Ressources naturelles de l'Ontario a délivré à Abitibi-Consolidated Inc. (devenue depuis PF Résolu Canada Inc.), une importante société de pâtes et papiers, un permis d'exploitation forestière autorisant la coupe à blanc sur les terres de la Couronne situées dans la région de Keewatin. En 2005, la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways qui ont signé le Traité nº 3, a intenté une action en vue de faire annuler le permis au motif qu'il violait les droits de récolte que leur accordait le traité.

[19] Chargée de la gestion de l'instance, la juge Spies a ordonné en 2006 que le procès se déroule en deux phases. La première a porté sur deux questions préliminaires. (1) L'Ontario a-t-il le pouvoir de « prendre » des étendues de terres dans la région de Keewatin et de restreindre ainsi les droits de récolte accordés par le Traité nº 3? (2) Dans la négative, la *Loi constitutionnelle de 1867* confère-t-elle à l'Ontario le pouvoir de porter atteinte de façon justifiée aux droits des appelants issus du traité?

[20] The second phase of the trial has not yet commenced.

B. *Judgments Below*

[21] In the first phase of the trial, Sanderson J. concluded that the answer to both threshold questions was "no" (2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13). First, she found that Ontario could not take up lands within the Keewatin area so as to limit harvesting rights without first obtaining Canada's approval. The taking-up clause imposed a two-step process involving federal approval for the taking up of Treaty 3 lands, and neither the 1891 nor the 1912 Legislation altered this process with respect to the Keewatin area. The trial judge then proceeded to answer the second question, concluding that the doctrine of interjurisdictional immunity prevents provinces from infringing treaty rights, even if the infringement can be justified.

[22] The Ontario Court of Appeal allowed the appeals of Ontario, Canada and Resolute FP Canada Inc. ("Resolute") (2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401). The court held that the trial judge erred in concluding that Ontario requires Canada's approval to take up the lands in the Keewatin area. Section 109 of the *Constitution Act, 1867* gives Ontario beneficial ownership of Crown lands within Ontario. That provision, combined with provincial jurisdiction over the management and sale of provincial public lands and the exclusive provincial power to make laws in relation to natural resources (ss. 92(5) and 92A), gives Ontario exclusive legislative authority to manage and sell lands within the Keewatin area in accordance with Treaty 3 and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As the answer to the first question was "yes", the Court of Appeal did not consider the second question of whether interjurisdictional immunity applies to provincial infringements of treaty rights.

[20] La seconde phase du procès n'a pas encore commencé.

B. *Jugements des juridictions inférieures*

[21] À l'issue de la première phase du procès, la juge Sanderson a répondu par la négative aux deux questions préliminaires (2011 ONSC 4801, [2012] 1 C.N.L.R. 13). Elle a tout d'abord conclu que l'Ontario ne pouvait prendre des terres de la région de Keewatin et restreindre ainsi les droits de récolte sans obtenir au préalable l'approbation du Canada. À son avis, la clause de prise des terres imposait un processus en deux étapes qui supposait l'approbation préalable du gouvernement fédéral pour la prise de terres visées par le Traité nº 3, et ni les lois de 1891 ni celle de 1912 n'avaient modifié ce processus relativement à la région de Keewatin. Elle a ensuite conclu au sujet de la seconde question que la doctrine de l'exclusivité des compétences empêche les provinces de porter atteinte aux droits issus de traités, même lorsque la justification de l'atteinte peut se démontrer.

[22] La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit aux appels de l'Ontario, du Canada et de PF Résolu Canada Inc. (« Résolu ») (2013 ONCA 158, 114 O.R. (3d) 401). Elle a décidé que la juge de première instance avait eu tort de conclure que l'Ontario devait obtenir l'approbation du Canada pour prendre des terres situées dans la région de Keewatin. L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à l'Ontario la propriété effective des terres publiques situées dans la province. De pair avec la compétence de la province pour l'administration et la vente des terres publiques et sa compétence exclusive pour légiférer dans le domaine des ressources naturelles (par. 92(5) et art. 92A), cette disposition confère à la seule province de l'Ontario le pouvoir législatif d'administrer et de vendre des terres de la région de Keewatin conformément au Traité nº 3 et à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sa réponse à la première question étant affirmative, la Cour d'appel ne se penche pas sur la seconde, celle de savoir si la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique aux atteintes provinciales aux droits issus de traités.

IV. Parties and Interveners on Appeal

[23] On appeal, there are 2 appellants, 4 respondents, and 13 interveners.

[24] The appellants are the Grassy Narrows First Nation, descendants of the Ojibway, and the Wabauskang First Nation, whose traditional territory includes lands within the Keewatin area.

[25] The first two respondents are the Attorney General of Canada and the Ontario Minister of Natural Resources. The third respondent is Resolute, a company that owns and operates a currently idle paper mill on land subject to Treaty 3, but not in the Keewatin area. Resolute was a defendant in this litigation because it was granted the forestry licence that gave rise to this appeal. The final respondent is Goldcorp Inc., a gold producer with a mine situated in the Keewatin area and whose operations rely in part on permits from the provincial Minister of Natural Resources. Goldcorp was granted status to intervene as a party at the Court of Appeal.

[26] The Attorneys General of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan, and Alberta intervene in support of the respondents. The appellants are supported by the following interveners: the Grand Council of Treaty # 3; the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation, and the Whitefish Lake First Nation # 128, intervening together; the Fort McKay First Nation; the Te'mexw Treaty Association; the Ochiichagwe'Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation, and the Naotkamegwanning First Nation, intervening together; the Métis Nation of Ontario; the Cowichan Tribes; the Lac Seul and Sandy Lake First Nations; and the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood.

IV. Parties et intervenants au pourvoi

[23] Deux appelants, quatre intimés et treize intervenants sont parties au pourvoi.

[24] Les parties appelantes sont la Première Nation de Grassy Narrows, dont les membres sont les descendants des Ojibways, et la Première Nation de Wabauskang, dont le territoire traditionnel comprend des terres situées dans la région de Keewatin.

[25] Les deux premiers intimés sont le procureur général du Canada et le ministre des Ressources naturelles de l'Ontario. La troisième partie intimée est Résolu, une société qui possède et exploite une usine de papier actuellement inactive située sur des terres assujetties au Traité n° 3, mais non dans la région de Keewatin. Résolu est défenderesse en l'espèce parce qu'elle s'est vu délivrer le permis d'exploitation forestière qui est à l'origine du pourvoi. La dernière partie intimée est Goldcorp Inc., un producteur aurifère qui possède une mine située dans la région de Keewatin et dont les activités dépendent en partie de la délivrance de permis par le ministre provincial des Ressources naturelles. La société Goldcorp a été autorisée à intervenir à titre de partie par la Cour d'appel.

[26] Les procureurs généraux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta interviennent à l'appui de la thèse des intimés. Quant aux appelants, ils ont l'appui des intervenants suivants : le Grand Conseil du Traité n° 3; la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish n° 128, qui interviennent collectivement; la Première Nation de Fort McKay; l'Association du traité des Te'mexw; la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining; la Première Nation des Ojibways d'Onigaming; la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning, qui interviennent collectivement; la Métis Nation of Ontario; les Tribus Cowichan; la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy; l'Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada.

V. Issues

[27] This appeal raises the following issues:

1. Does Ontario have the authority under Treaty 3 to "take up" tracts of land in the Keewatin area?

2. Does the doctrine of interjurisdictional immunity preclude Ontario from justifying infringement of Treaty 3 rights?

VI. Analysis

A. *The Power to Take up Lands Under Treaty 3*

[28] The central question on this appeal, simply put, is whether the Province of Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3, or whether this must be done by or in co-operation with the Government of Canada. Ontario's power to take up other Treaty 3 lands is not at issue on this appeal.

[29] The Court of Appeal held that the Province of Ontario has the power to take up the lands. The trial judge, by contrast, held that this could be done only by a two-step procedure involving approval by both the federal and provincial governments.

[30] I agree with the Ontario Court of Appeal that Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This conclusion rests on Canada's constitutional provisions, the interpretation of Treaty 3, and legislation dealing with Treaty 3 lands. First, although Treaty 3 was negotiated by the federal government, it is an agreement between the Ojibway and the Crown. The level of government that exercises or performs the rights and obligations under the treaty is determined by the division of powers in the Constitution. Ontario has exclusive authority under the *Constitution Act, 1867* to take up provincial lands for forestry, mining, settlement, and other exclusively provincial

V. Questions en litige

[27] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. L'Ontario a-t-il le pouvoir, en application du Traité nº 3, de « prendre » des étendues de terres dans la région de Keewatin?

2. La doctrine de l'exclusivité des compétences empêche-t-elle l'Ontario de justifier l'atteinte aux droits conférés par le Traité nº 3?

VI. Analyse

A. *Le pouvoir de prendre des terres que confère le Traité nº 3*

[28] Formulée simplement, la question que soulève essentiellement le litige est celle de savoir si la province de l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité nº 3 ou si ce pouvoir peut seulement être exercé par le gouvernement du Canada ou avec sa collaboration. Le pouvoir de l'Ontario de prendre d'autres terres visées par le Traité nº 3 ne fait pas l'objet du pourvoi.

[29] La Cour d'appel juge que la province de l'Ontario a le pouvoir de prendre les terres en question. À l'opposé, la juge de première instance estime que la prise ne peut intervenir qu'à l'issue d'un processus en deux étapes comportant l'approbation des deux paliers de gouvernement.

[30] Je conviens avec la Cour d'appel que l'Ontario, et seulement cette province, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité nº 3. Cette conclusion se fonde sur les dispositions d'ordre constitutionnel du Canada, l'interprétation du Traité nº 3 et les lois portant sur les terres visées par le Traité nº 3. Premièrement, même si le traité a été négocié par le gouvernement fédéral, il s'agit d'un accord entre les Ojibways et la Couronne. C'est le partage des compétences prévu par la Constitution qui détermine quel palier de gouvernement est appelé à exercer les droits ou à s'acquitter des obligations qui y sont prévus. Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'Ontario a le pouvoir exclusif de

matters. Federal supervision is not required by the Constitution. Second, nothing in the text or history of the negotiation of Treaty 3 suggests that a two-step process requiring federal supervision or approval was intended. Third, legislation dealing with Treaty 3 land confirms that no two-step process was contemplated. I elaborate on each of these points below.

(1) Constitutional Provisions

[31] Once the Keewatin lands came within Ontario's borders in 1912, s. 109 of the *Constitution Act, 1867* became applicable. Section 109 provides:

> **109.** All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Section 109 establishes conclusively that Ontario holds the beneficial interest in the Keewatin lands and the resources on or under those lands. In addition, s. 92(5) of the *Constitution Act, 1867* gives the Province exclusive power over the "Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon" and s. 92A gives the Province exclusive power to make laws in relation to non-renewable natural resources, forestry resources, and electrical energy. Together, these provisions give Ontario the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3 for provincially regulated purposes, such as forestry.

prendre des terres provinciales à quelque fin relevant exclusivement de la province, dont l'exploitation forestière ou minière et la colonisation. La Constitution n'exige pas de surveillance fédérale. Deuxièmement, ni le libellé du Traité n° 3, ni l'historique de sa négociation ne permettent de conclure à la volonté des parties d'établir un processus en deux étapes exigeant la surveillance du fédéral ou son approbation. Troisièmement, les lois portant sur les terres visées par le traité confirment qu'un tel processus n'a pas été envisagé. Je développe chacun de ces points ci-après.

(1) Dispositions constitutionnelles

[31] L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est devenu applicable aux terres de Keewatin dès l'intégration de celles-ci au territoire de l'Ontario en 1912. Il dispose :

> **109.** Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

L'article 109 établit sans l'ombre d'un doute que l'Ontario détient la propriété effective des terres de la région de Keewatin ainsi que des ressources qui s'y trouvent en surface et dans le sous-sol. De plus, le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la province une compétence exclusive sur « [l]'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent »; l'art. 92A lui confère une compétence exclusive pour légiférer sur les ressources naturelles non renouvelables, les ressources forestières et l'énergie électrique. Considérées ensemble, ces dispositions confèrent à l'Ontario le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin en application du Traité n° 3 à des fins assujetties au pouvoir de réglementation provincial, telle la foresterie.

[32] The view that only Canada can take up or authorize the taking up of lands under Treaty 3 rests on a misconception of the legal role of the Crown in the treaty context. It is true that Treaty 3 was negotiated with the Crown in right of Canada. But that does not mean that the Crown in right of Ontario is not bound by and empowered to act with respect to the treaty.

[33] The theory of the trial judge, supported by the appellants, was that since the treaty was made with the federal Crown, only the federal Crown has obligations and powers over matters covered by the treaty. But this reasoning does not apply in the treaty context. For example, this Court has held that Crown obligations to First Nations such as the duty to consult are owed by both levels of government (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511) and that a change in the level of government responsible for regulating hunting rights did not constitute a modification of a treaty (*R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901). Furthermore, in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), Lord Watson concluded that Treaty 3 purported to be "from beginning to end a transaction between the Indians and the Crown", not an agreement between the Government of Canada and the Ojibway people (p. 60). In the same vein,

> it is abundantly clear that the commissioners who represented Her Majesty, whilst they had full authority to accept a surrender to the Crown, had neither authority nor power to take away from Ontario the interest which had been assigned to that province by the Imperial Statute of 1867. [*ibid.*]

[34] Similar views were expressed in *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 (P.C.), at p. 645, and *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at pp. 562-65.

[35] The promises made in Treaty 3 were promises of the Crown, not those of Canada. Both levels of government are responsible for fulfilling these promises when acting within the division of powers

[32] La thèse selon laquelle seul le Canada peut prendre des terres visées par le Traité nº 3 ou en autoriser la prise méconnaît le rôle juridique de la Couronne dans le contexte d'un traité. Certes, le Traité nº 3 a été négocié avec la Couronne du chef du Canada, mais il ne s'ensuit pas pour autant que la Couronne du chef de l'Ontario n'est pas liée par le traité, ni habilitée à agir relativement à ce dernier.

[33] Selon la théorie de la juge de première instance, à laquelle se rallient les appelants, la Couronne fédérale étant signataire du traité, elle seule a des obligations et des pouvoirs à l'égard de ce qui fait l'objet du traité. Or, ce raisonnement ne vaut pas dans le cas d'un traité. Par exemple, notre Cour a statué que les obligations de la Couronne envers les Premières Nations, comme celle de les consulter, incombent aux deux paliers de gouvernement (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511) et que le remplacement du palier de gouvernement responsable de la réglementation des droits de chasse par un autre ne constitue pas une modification du traité (*R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901). En outre, dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), lord Watson avait auparavant conclu que le Traité nº 3, [TRADUCTION] « du début à la fin, constituait un marché intervenu entre les Indiens et Sa Majesté », et non un accord intervenu entre le gouvernement du Canada et le peuple ojibway (p. 60). Dans le même ordre d'idées, il a ajouté :

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que même s'ils avaient les pleins pouvoirs pour accepter une cession en faveur de la Couronne, les commissaires qui représentaient Sa Majesté n'avaient ni compétence ni pouvoir pour retirer à l'Ontario les droits que lui avaient conférés la loi impériale de 1867. [*ibid.*]

[34] Des points de vue semblables ont été adoptés dans les arrêts *Dominion of Canada c. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637 (C.P.), p. 645, et *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 562-565.

[35] Les promesses contenues dans le Traité nº 3 étaient celles de la Couronne, non du Canada. Leur respect incombe aux deux ordres de gouvernement en conformité avec le partage des pouvoirs opéré

under the *Constitution Act, 1867*. Thus, when the lands covered by the treaty were determined to belong to the Province of Ontario, the Province became responsible for their governance with respect to matters falling under its jurisdiction by virtue of ss. 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867*, subject to the terms of the treaty. It follows that the Province is entitled to take up lands under the treaty for forestry purposes.

[36] The appellants further argue that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* grants Canada a residual and continuing role in respect of the taking up of Treaty 3 lands. Section 91(24) provides that Canada has jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians". Thus, the appellants submit that the trial judge's two-step process is merely a restatement of the double aspect doctrine: to the extent that any taking up displaces or limits the federally promised treaty rights, both aspects of the land or resource must be addressed — the provincial aspect of the land *qua* proprietary rights and the federal aspect of the land as subject to a treaty right (Grassy Narrows' factum, at para. 66).

[37] Section 91(24) does not give Canada the authority to take up provincial land for exclusively provincial purposes, such as forestry, mining, or settlement. Thus, s. 91(24) does not require Ontario to obtain federal approval before it can take up land under Treaty 3. While s. 91(24) allows the federal government to enact legislation dealing with Indians and lands reserved for Indians that may have incidental effects on provincial land, the applicability of provincial legislation that affects treaty rights through the taking up of land is determined by *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, lorsqu'il a été déterminé que les terres visées par le traité lui appartenaient, la province de l'Ontario est devenue responsable de leur administration dans les domaines relevant de sa compétence suivant l'art. 109, le par. 92(5) et l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sous réserve des dispositions du traité. Dès lors, la province peut prendre des terres visées par le traité à des fins d'exploitation forestière.

[36] Les appelants soutiennent par ailleurs que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Canada un rôle résiduel et permanent en ce qui concerne la prise des terres visées par le Traité n° 3. Ce paragraphe dispose que le Canada a compétence sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les appelants affirment donc que lorsqu'elle conclut à l'application d'un processus en deux étapes, la juge de première instance ne fait que reformuler la théorie du double aspect : dans la mesure où la prise des terres a pour effet d'écarter ou de restreindre des droits promis dans un traité par le gouvernement fédéral, il faut tenir compte des deux aspects des terres ou des ressources — l'aspect provincial des terres en tant qu'objets de droits de propriété, et l'aspect fédéral des terres en tant qu'objets de droits issus de traités (mémoire de Grassy Narrows, par. 66).

[37] Le paragraphe 91(24) ne confère pas au Canada le droit de prendre des terres provinciales à des fins exclusivement provinciales, telles la colonisation ou l'exploitation forestière ou minière. Il n'oblige donc pas l'Ontario à obtenir au préalable l'approbation du gouvernement fédéral de prendre des terres en application du Traité n° 3. Même si cette disposition habilite le gouvernement fédéral à adopter relativement aux Indiens et aux terres réservées pour eux des lois susceptibles d'avoir des effets accessoires sur un territoire provincial, l'applicabilité d'une loi provinciale qui, par la prise de terres, porte atteinte à des droits issus de traités est déterminée selon l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(2) Interpretation of Treaty 3

[38] The text of the taking-up clause supports the view that the right to take up land rests with the level of government that has jurisdiction under the Constitution. The taking-up clause provides that the Ojibway will have continuing harvesting rights throughout the Treaty 3 lands "saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government" (p. 6).

[39] The clause does not contemplate a two-step process involving both levels of government. It only refers to the Government of the Dominion of Canada. The treaty, as discussed, was between the Crown — a concept that includes all government power — and the Ojibway. The reference to Canada reflects the fact that the lands at the time were in Canada, not Ontario. Canada and Canada alone had beneficial ownership of the lands and therefore jurisdiction to take up the lands. This said, Treaty 3 was negotiated against the backdrop of a boundary dispute between Ontario and Canada. The possibility of provincial acquisition of the lands was patent. It follows that if the drafters of the treaty wanted Canada to have a continuing supervisory role in taking up lands under the treaty, the treaty would have said this.

[40] Before this Court, the appellants rely on the trial judge's factual findings that the treaty commissioners contemplated and intended a two-step process involving federal approval and supervision. In my view, the Ontario Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge's factual findings amounted to overriding and palpable errors (paras. 156-72). First, there is no evidence that Morris communicated to the Ojibway any intention to require a two-step process, or that he intentionally drafted the taking-up clause to require such a process — assuming that Morris's subjective intention is even relevant here. Second, there is no evidence that the Ojibway intended or insisted upon a two-step process. Third, a provisional boundary agreement reached by Canada and Ontario in 1874

(2) Interprétation du Traité nº 3

[38] Le libellé de la clause de prise des terres confirme que le droit de prendre des terres appartient au palier de gouvernement dont la Constitution reconnaît la compétence. La clause prévoit que les Ojibways conservent leurs droits de récolte sur toutes les terres visées par le Traité nº 3, « excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement » (p. 6).

[39] Il n'est question d'aucun processus en deux étapes qui ferait intervenir les deux ordres de gouvernement. Il n'est fait mention que du gouvernement du Dominion du Canada. Je le répète, le traité est intervenu entre la Couronne — à savoir l'État dans sa globalité — et les Ojibways. La seule mention du Canada s'explique par le fait que les terres se trouvaient alors au Canada, et non en Ontario. Le Canada, et lui seul, avait la propriété effective des terres et, partant, avait compétence pour prendre les terres. Cela étant, le Traité nº 3 a été négocié dans le contexte d'un différend qui opposait l'Ontario et le Canada au sujet de leurs frontières. La possibilité que la province acquière les terres était manifeste. Par conséquent, si ses rédacteurs avaient voulu que le Canada continue d'exercer l'autorité sur les terres prises sous son régime, le traité l'aurait expressément prévu.

[40] Devant notre Cour, les appelants se fondent sur les conclusions factuelles de la juge de première instance suivant lesquelles les commissaires chargés de la négociation du traité envisageaient et voulaient l'établissement d'un processus en deux étapes comportant l'approbation et la surveillance du gouvernement fédéral. À mon avis, la Cour d'appel statue à bon droit que les conclusions de fait de la juge sont entachées d'erreurs manifestes et dominantes (par. 156-172). En premier lieu, nul élément ne prouve que Morris a fait part aux Ojibways de quelque intention d'établir un tel processus ou qu'il a intentionnellement libellé la clause de prise des terres de manière à prescrire un tel processus, si tant est que l'intention subjective de Morris soit même pertinente à cet égard. En deuxième lieu, nul élément

to deal with the administration of the treaty lands pending the settlement of the boundary dispute reflects an understanding that the right to take up lands attached to the level of government that enjoyed beneficial ownership of those lands. Indeed, the agreement provided that if the provisional boundary was subsequently determined to be wrong, the government found to have jurisdiction over the lands would ratify any patents that had been issued by the other government. Lastly, while not determinative, I would note that Ontario has exercised the power to take up lands for a period of over 100 years, without any objection by the Ojibway. This also suggests that federal approval was never considered part of the treaty.

(3) Legislation Dealing With Treaty 3 Lands

[41] This result is also consistent with the way subsequent governments dealt with the right to take up land under Treaty 3. The 1894 Agreement between Canada and Ontario, incorporated in the 1891 Legislation, provided that the disputed territory belonged to Ontario and confirmed that as such Ontario would have the power to take up that land under the treaty. The relevant provision says:

> 1. With respect to the tracts to be, from time to time, taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes and to the regulations required in that behalf, as in the said treaty mentioned, it is hereby conceded and declared that, as the Crown lands in the surrendered tract have been decided to belong to the Province of Ontario, or to Her Majesty in right of the said Province, the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by the Government of Ontario or persons duly authorized by the said Government of Ontario; and that

ne prouve l'intention des Ojibways d'établir un tel processus ou leur insistance pour qu'il y en ait un. En troisième lieu, l'accord provisoire sur les frontières intervenu en 1874 entre le Canada et l'Ontario pour l'administration des terres visées par le traité jusqu'au règlement du différend relatif aux frontières indique que le droit de prendre des terres appartenait au palier de gouvernement qui avait la propriété effective de celles-ci. D'ailleurs, l'accord prévoyait que si l'on constatait par la suite que le tracé provisoire de la frontière était erroné, le gouvernement à qui serait reconnue la compétence sur les terres en question ratifierait les lettres patentes délivrées par l'autre gouvernement. Enfin, bien que ce ne soit pas déterminant, je fais observer que l'Ontario a exercé le pouvoir de prendre des terres pendant plus de cent ans sans opposition de la part des Ojibways, ce qui donne également à penser que l'approbation du gouvernement fédéral n'a jamais été considérée comme une exigence du traité.

(3) Lois ultérieures portant sur les terres visées par le Traité n° 3

[41] Cette conclusion s'accorde également avec les mesures subséquentes des gouvernements concernant le droit de prendre des terres visées par le Traité n° 3. L'accord de 1894 intervenu entre le Canada et l'Ontario, incorporé dans les lois de 1891, prévoit que le territoire disputé appartient à l'Ontario et il confirme que la province a par conséquent le pouvoir de prendre les terres en question en application du traité. Voici le texte de la disposition applicable :

> 1. Relativement aux espaces de terres à prendre de temps à autre pour la colonisation, les entreprises minières ou forestières ou pour d'autres fins, et relativement aux règlements à établir à cet égard, comme le mentionne le dit traité, il est par le présent admis et déclaré que, les terres de la Couronne dans le territoire cédé ayant été reconnues appartenir à la province d'Ontario, ou à Sa Majesté pour le compte de la dite province, le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l'étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d'après le dit traité, cesse d'exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d'Ontario ou ses agents dûment autorisés, pour la colonisation, les

the concurrence of the Province of Ontario is required in the selection of the said reserves.

[42] This expressly provides that Ontario has the right to take up the lands. Again, there is no mention of any continuing supervisory role for Canada in the process, or any two-step federal/provincial process. I agree with the Court of Appeal that the 1894 Agreement *confirmed* Ontario's right to take up Treaty 3 land by virtue of its control and beneficial ownership of the territory. It did not *amend* Treaty 3.

[43] The 1894 Agreement covered the disputed territory, not the Keewatin lands. In 1912, *The Ontario Boundaries Extension Act* extended Ontario's boundaries to include the Keewatin territory. The 1912 Legislation included the following terms and conditions:

2. . . .

(*a*) That the province of Ontario will recognize the rights of the Indian inhabitants in the territory above described to the same extent, and will obtain surrenders of such rights in the same manner, as the Government of Canada has heretofore recognized such rights and has obtained surrender thereof, and the said province shall bear and satisfy all charges and expenditure in connection with or arising out of such surrenders;

(*b*) That no such surrender shall be made or obtained except with the approval of the Governor in Council;

(*c*) That the trusteeship of the Indians in the said territory, and the management of any lands now or hereafter reserved for their use, shall remain in the Government of Canada subject to the control of Parliament.

[44] The 1912 transfer of lands confirmed that Ontario would stand in Canada's shoes with respect to the rights of the Indians in those lands (s. 2(*a*)). The reference to the "rights of the Indian inhabitants" in s. 2(*a*) includes the harvesting rights under Treaty 3. As the Court of Appeal said, "[t]his condition contemplates, therefore, that Ontario could take up Keewatin lands under the treaty only to the same extent that Canada could validly

exploitations minières et forestières ou pour d'autres fins; et l'adhésion de la province d'Ontario sera nécessaire pour le choix des dites réserves.

[42] L'accord stipule donc expressément que l'Ontario a le droit de prendre les terres. Il ne fait pas mention d'un quelconque rôle permanent de surveillance du Canada, ni d'un quelconque processus fédéro-provincial en deux étapes. Je conviens avec la Cour d'appel que l'accord de 1894 *confirme* le droit de l'Ontario de prendre les terres visées par le Traité n° 3 du fait de sa possession et de sa propriété effective du territoire. Il ne *modifie* pas le Traité n° 3.

[43] L'accord de 1894 s'appliquait au territoire disputé, et non aux terres de Keewatin. En 1912, la *Loi de l'extension des frontières de l'Ontario* a repoussé les limites de l'Ontario pour englober le territoire de Keewatin. Elle renferme notamment les conditions suivantes :

2. . . .

a) que la province de l'Ontario reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit, dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;

b) que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil;

c) que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonnément au contrôle du Parlement.

[44] Le transfert des terres en 1912 a confirmé la substitution de l'Ontario au Canada en ce qui concerne les droits accordés aux Indiens sur les terres en cause (al. 2*a*)). Les « droits des habitants sauvages » mentionnés à l'al. 2*a*) englobent les droits de récolte conférés par le Traité n° 3. Comme le fait remarquer la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [c]ette condition suppose donc que l'Ontario ne peut prendre les terres de Keewatin en application du traité

do so prior to 1912" (para. 198). Section 2(*b*) provided that Canada's approval was required for the *surrender* of Aboriginal rights — not the taking up of land pursuant to the taking-up clause. The evidence at trial was that the reference to the surrender of rights is a reference to lands not ceded by treaty (para. 1082). Finally, s. 2(*c*) provided that the trusteeship of *Indians* and the management of *reserved* lands would remain with the Government of Canada, subject to the control of Parliament.

[45] In my view, this legislation means that the federal government would remain responsible for Indians and lands reserved to Indians under its power over Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but that the taking up of other lands within the territory would be for the Province of Ontario alone. Nothing in the legislation contemplates a two-step process involving both levels of government.

[46] This legislation did not constitute a transfer of Crown rights and obligations by Canada to Ontario, as the appellants argue, but a transfer of beneficial interest in land. Having acquired the land, Ontario's constitutional power over lands within its boundaries entitled it to take up lands, subject to the Crown's duties to the Aboriginal peoples who had interests in the land.

[47] It is argued that the 1912 Legislation is not as explicit as the 1894 Agreement with respect to Ontario's power to take up lands under the treaty. While that may be true, there was no need for the 1912 Legislation to use the same language as the 1894 Agreement. I have concluded that the 1894 Agreement *confirmed* Ontario's rights at the time the parties entered into Treaty 3, while the 1912 Legislation transferred beneficial ownership of the Keewatin lands to Ontario along with the responsibilities which attached to those lands. Moreover, as discussed above, the wording of s. 2(*a*) in the 1912 Legislation constitutes an explicit acknowledgement that Ontario could henceforward do whatever Canada had done before it, i.e. take up

que dans la mesure où le Canada pouvait valablement le faire avant 1912 » (par. 198). L'alinéa 2*b*) prévoit l'obligation d'obtenir l'approbation du Canada pour la *remise* de droits des Autochtones, non pour la prise de terres en application de la clause pertinente. La preuve offerte au procès indique que la mention de la remise des droits se rapporte aux terres non cédées dans le traité (par. 1082). Enfin, l'al. 2*c*) dispose que la tutelle des *sauvages* et l'administration des terres *réservées* demeurent à la charge du gouvernement du Canada, sous réserve du contrôle du Parlement.

[45] À mon avis, il s'ensuit que le gouvernement fédéral demeurait responsable des Indiens et des terres réservées aux Indiens en vertu du pouvoir sur les Indiens que lui conférait le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais que seule la province de l'Ontario pouvait prendre les autres terres du territoire. Nulle disposition de la loi n'envisage un processus en deux étapes faisant intervenir les deux ordres de gouvernement.

[46] Cette loi a transféré à l'Ontario non pas les droits et les obligations de la Couronne comme le prétendent les appelants, mais bien la propriété effective des terres. Une fois les terres acquises, l'Ontario pouvait, de par son pouvoir constitutionnel sur les terres assimilées à son territoire, prendre des terres, sous réserve des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones titulaires de droits sur les terres.

[47] On fait valoir que la loi de 1912 n'est pas aussi explicite que l'accord de 1894 en ce qui a trait au pouvoir de l'Ontario de prendre des terres visées par le traité. C'est peut-être le cas, mais il n'était pas nécessaire que la loi de 1912 reprenne le libellé de l'accord de 1894. Je conclus que l'accord de 1894 *confirme* les droits de l'Ontario au moment où les parties ont conclu le Traité n° 3, tandis que la loi de 1912 transfère à l'Ontario la propriété effective des terres de Keewatin de pair avec les obligations afférentes à celles-ci. De plus, comme je l'explique précédemment, le libellé de l'al. 2*a*) de la loi de 1912 reconnaît explicitement que l'Ontario pouvait désormais accomplir tous les actes jusqu'alors accomplis par le Canada, y compris celui de prendre des terres.

lands. The fact that the words "taking up" were not used in the 1912 Legislation does not diminish the import of s. 2(*a*).

[48] Nor did transferring to Ontario the right to take up lands within the Keewatin area amend Treaty 3, as the appellants suggest. The treaty allowed for the taking up of land by the beneficial owner of the land — after 1912, this was Ontario. Changing the beneficial owner of the land and the emanation of the Crown responsible for dealing with the lands conveyed did not amend the treaty.

[49] The 1912 Legislation altered which level of government would have authority in terms of taking up the land. It did not modify the treaty or change its partners. As this Court stated with respect to Treaty 8 in *Horseman*, at pp. 935-36:

> The Transfer Agreement of 1930 changed the governmental authority which might regulate aspects of hunting in the interests of conservation. This change of governmental authority did not contradict the spirit of the original Agreement . . . . [Emphasis added.]

(4) Conclusion With Respect to the Power to Take Up Lands

[50] I conclude that as a result of ss. 109, 92(5) and 92A of the *Constitution Act, 1867*, Ontario and only Ontario has the power to take up lands under Treaty 3. This is confirmed by the text of Treaty 3 and legislation dealing with Treaty 3 lands. However, this power is not unconditional. In exercising its jurisdiction over Treaty 3 lands, the Province of Ontario is bound by the duties attendant on the Crown. It must exercise its powers in conformity with the honour of the Crown, and is subject to the fiduciary duties that lie on the Crown in dealing with Aboriginal interests. These duties bind the *Crown*. When a *government* — be it the federal or a provincial government — exercises Crown power, the exercise of that power is burdened by the Crown obligations toward the Aboriginal people in question.

L'omission de tout renvoi à la « prise » de terres dans la loi de 1912 ne diminue pas la portée de l'al. 2*a*).

[48] Contrairement à ce que prétendent les appelants, le transfert à l'Ontario du droit de prendre des terres dans la région de Keewatin n'a pas eu pour effet de modifier le Traité n° 3, lequel accordait au propriétaire effectif du territoire — dès 1912, l'Ontario — le pouvoir de prendre des terres. Le changement de propriétaire effectif des terres et d'émanation de la Couronne chargée de l'administration des terres cédées n'a pas eu pour effet de modifier le traité.

[49] La loi de 1912 a remplacé le palier de gouvernement investi du pouvoir afférent à la prise des terres. Elle n'a pas eu pour effet de modifier le traité ou de remplacer les parties contractantes. Comme notre Cour l'explique dans l'arrêt *Horseman* (p. 935-936) au sujet du Traité n° 8 :

> La Convention de transfert de 1930 a apporté un changement quant au gouvernement qui pourrait réglementer certains aspects de la chasse en vue d'assurer la conservation de la faune. Ce changement n'allait pas à l'encontre de l'esprit de la convention initiale . . . [Je souligne.]

(4) Conclusion sur le pouvoir de prendre des terres

[50] Je conclus qu'en raison de l'art. 109, du par. 92(5) et de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'Ontario, et lui seul, a le pouvoir de prendre des terres visées par le Traité n° 3. C'est ce que confirment le texte du traité et les lois s'y rapportant. Toutefois, ce pouvoir n'est pas inconditionnel. La province de l'Ontario est liée, dans l'exercice de ce pouvoir, par les obligations qui incombent à la Couronne. Elle doit l'exercer conformément à l'honneur de la Couronne et elle est assujettie aux obligations fiduciaires de Sa Majesté à l'égard des intérêts autochtones. Ces obligations lient la *Couronne*. Le *gouvernement* qui exerce un pouvoir de la Couronne — qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial — est assujetti aux obligations de la Couronne envers le peuple autochtone concerné.

[51] These duties mean that for land to be taken up under Treaty 3, the harvesting rights of the Ojibway over the land must be respected. Any taking up of the land for forestry or other purposes must meet the conditions set out by this Court in *Mikisew*. As explained by the Ontario Court of Appeal (at paras. 206-12), the Crown's right to take up lands under Treaty 3 is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations' interests beforehand (*Mikisew*, at para. 56). This duty is grounded in the honour of the Crown and binds the Province of Ontario in the exercise of the Crown's powers.

[52] Where a province intends to take up lands for the purposes of a project within its jurisdiction, the Crown must inform itself of the impact the project will have on the exercise by the Ojibway of their rights to hunt, fish and trap, and communicate its findings to them. It must then deal with the Ojibway in good faith, and with the intention of substantially addressing their concerns (*Mikisew*, at para. 55; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168). The adverse impact of the Crown's project (and the extent of the duty to consult and accommodate) is a matter of degree, but consultation cannot exclude accommodation at the outset. Not every taking up will constitute an infringement of the harvesting rights set out in Treaty 3. This said, if the taking up leaves the Ojibway with no meaningful right to hunt, fish or trap in relation to the territories over which they traditionally hunted, fished, and trapped, a potential action for treaty infringement will arise (*Mikisew*, at para. 48).

B. *Does the Doctrine of Interjurisdictional Immunity Preclude Ontario From Justifying Infringement of Treaty 3 Rights?*

[53] I have concluded that Ontario has the power to take up lands in the Keewatin area under Treaty 3, without federal approval or supervision. Provided it does so in a manner that respects the requirements set out in *Mikisew*, doing this does not breach Treaty 3 harvesting rights. If Ontario's taking up of Keewatin lands amounts to an infringement of the

[51] L'existence de ces obligations subordonne la prise de terres au respect des droits de récolte des Ojibways sur ces terres. Toute prise de terres à des fins d'exploitation forestière ou autre doit respecter les conditions énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Mikisew*. Comme l'explique la Cour d'appel (par. 206-212), le droit de la Couronne de prendre des terres visées par le Traité n° 3 est assujetti à l'obligation préalable de consulter les Premières Nations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs intérêts (*Mikisew*, par. 56). Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et elle lie la province de l'Ontario lorsqu'elle exerce les pouvoirs de la Couronne.

[52] Lorsqu'une province compte prendre des terres aux fins d'une entreprise qui relève de sa compétence, il appartient à la Couronne de déterminer quelles conséquences aura cette entreprise sur l'exercice des droits de chasse, de pêche et de piégeage des Ojibways, et d'en informer ces derniers. Elle doit ensuite s'efforcer de traiter avec eux de bonne foi et dans l'intention de tenir réellement compte de leurs préoccupations (*Mikisew*, par. 55; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168). L'effet préjudiciable de l'entreprise de la Couronne — et l'étendue de son obligation de consulter et d'accommoder — est affaire de degré, mais la consultation ne saurait exclure d'emblée l'accommodement. Toute prise de terres ne portera pas atteinte aux droits de récolte énoncés dans le Traité n° 3, mais cela dit, si la prise dépouille les Ojibways de tout droit réel de chasse, de pêche ou de piégeage sur leurs territoires traditionnels de pêche, de chasse et de piégeage, une action en violation du traité pourra être intentée (*Mikisew*, par. 48).

B. *La doctrine de l'exclusivité des compétences empêche-t-elle l'Ontario de justifier l'atteinte aux droits conférés par le Traité n° 3?*

[53] J'arrive à la conclusion que l'Ontario a le pouvoir de prendre des terres de la région de Keewatin visées par le Traité n° 3 sans approbation ni surveillance fédérales. Dès lors que, ce faisant, il respecte les exigences énoncées dans l'arrêt *Mikisew*, l'Ontario ne porte pas atteinte aux droits de récolte conférés par le Traité n° 3. Lorsque la

treaty, the *Sparrow/Badger* analysis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* will determine whether the infringement is justified (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771). The doctrine of interjurisdictional immunity does not preclude the Province from justifiably infringing treaty rights (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256). While it is unnecessary to consider this issue, this Court's decision in *Tsilhqot'in Nation* is a full answer.

VII. Conclusion

[54] I would dismiss this appeal.

[55] Prior to this appeal, the Court ordered Ontario and Canada to pay the appellant the Grassy Narrows First Nation advance costs of this appeal. For that reason, there is no need for a further costs award with respect to the Grassy Narrows First Nation. However, the appellant the Wabauskang First Nation also seeks its costs of this appeal. With the consent of Ontario and in light of the fact that Canada does not oppose such an order, costs of the appeal are now also awarded to the Wabauskang First Nation, on the same basis as the costs order earlier granted to the Grassy Narrows First Nation.

APPENDIX A

[Treaty 3 taking-up clause]

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have [the] right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may, from time to time, be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

prise de terres de la région de Keewatin par l'Ontario portera atteinte au traité, l'analyse des arrêts *Sparrow* et *Badger* fondée sur l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permettra de statuer sur la justification de l'atteinte (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771). La doctrine de l'exclusivité des compétences n'empêche pas la province de justifier l'atteinte à un droit issu d'un traité (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256). Bien qu'il ne soit pas nécessaire de se pencher sur ce point, l'arrêt *Nation Tsilhqot'in* apporte une réponse complète.

VII. Dispositif

[54] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[55] En amont du pourvoi, la Cour a ordonné que l'Ontario et le Canada versent à l'appelante la Première Nation de Grassy Narrows une provision pour ses dépens en appel. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de rendre une autre ordonnance sur les dépens en ce qui concerne cette Première Nation. Toutefois, l'appelante la Première Nation de Wabauskang demande elle aussi l'adjudication de ses dépens en appel. Avec l'accord de l'Ontario et vu l'absence d'opposition du Canada à une ordonnance en ce sens, la Première Nation de Wabauskang se voit également accorder aujourd'hui ses dépens en appel sur la même base que la Première Nation de Grassy Narrows.

ANNEXE A

[Clause de prise des terres du Traité nº 3]

Sa Majesté convient de plus avec les dits Indiens qu'ils, les dits Indiens, auront le droit de se livrer à la chasse et à la pêche dans l'étendue du pays cédé comme décrit ci-haut, sujet à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement du Canada, et excepté telles étendues qui pourront être nécessaires ou requises pour la colonisation, les mines, la coupe du bois ou autres fins par son dit gouvernement du Canada ou par aucun de ses sujets dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement.

Constitution Act, 1867

92. [Subjects of exclusive Provincial Legislation] In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

. . .

5. The Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon.

. . .

92A. (1) [Laws respecting non-renewable natural resources, forestry resources and electrical energy] In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

(*a*) exploration for non-renewable natural resources in the province;

(*b*) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and

(*c*) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

(2) [Export from provinces of resources] In each province, the legislature may make laws in relation to the export from the province to another part of Canada of the primary production from non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the production from facilities in the province for the generation of electrical energy, but such laws may not authorize or provide for discrimination in prices or in supplies exported to another part of Canada.

(3) [Authority of Parliament] Nothing in subsection (2) derogates from the authority of Parliament to enact laws in relation to the matters referred to in that subsection and, where such a law of Parliament and a law of a province conflict, the law of Parliament prevails to the extent of the conflict.

Loi constitutionnelle de 1867

92. [Sujets soumis au contrôle exclusif de la législation provinciale] Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

5. L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent;

. . .

92A. (1) [Compétence provinciale] La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants :

a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;

b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(2) [Exportation hors des provinces] La législature de chaque province a compétence pour légiférer en ce qui concerne l'exportation, hors de la province, à destination d'une autre partie du Canada, de la production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production d'énergie électrique de la province, sous réserve de ne pas adopter de lois autorisant ou prévoyant des disparités de prix ou des disparités dans les exportations destinées à une autre partie du Canada.

(3) [Pouvoir du Parlement] Le paragraphe (2) ne porte pas atteinte au pouvoir du Parlement de légiférer dans les domaines visés à ce paragraphe, les dispositions d'une loi du Parlement adoptée dans ces domaines l'emportant sur les dispositions incompatibles d'une loi provinciale.

(4) [Taxation of resources] In each province, the legislature may make laws in relation to the raising of money by any mode or system of taxation in respect of

(*a*) non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the primary production therefrom, and

(*b*) sites and facilities in the province for the generation of electrical energy and the production therefrom,

whether or not such production is exported in whole or in part from the province, but such laws may not authorize or provide for taxation that differentiates between production exported to another part of Canada and production not exported from the province.

(5) [“Primary production”] The expression “primary production” has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

(6) [Existing powers or rights] Nothing in subsections (1) to (5) derogates from any powers or rights that a legislature or government of a province had immediately before the coming into force of this section.

. . .

109. [Property in Lands, Mines, etc.] All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Constitution Act, 1982

35. (1) [Recognition of existing aboriginal and treaty rights] The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) [Definition of “aboriginal peoples of Canada”] In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(4) [Taxation des ressources] La législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d’argent par tout mode ou système de taxation :

a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée;

b) des emplacements et des installations de la province destinés à la production d’énergie électrique, ainsi que de cette production même.

Cette compétence peut s’exercer indépendamment du fait que la production en cause soit ou non, en totalité ou en partie, exportée hors de la province, mais les lois adoptées dans ces domaines ne peuvent autoriser ou prévoir une taxation qui établisse une distinction entre la production exportée à destination d’une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

(5) [« Production primaire »] L’expression « production primaire » a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

(6) [Pouvoirs ou droits existants] Les paragraphes (1) à (5) ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par la législature ou le gouvernement d’une province lors de l’entrée en vigueur du présent article.

. . .

109. [Propriété des terres, mines, etc.] Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l’union, et toutes les sommes d’argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d’Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu’à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) [Confirmation des droits existants des peuples autochtones] Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) [Définition de « peuples autochtones du Canada »] Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) [Land claims agreements] For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) [Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes] Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

Act for the settlement of certain questions between the Governments of Canada and Ontario respecting Indian Lands (1891) (U.K.), 54 & 55 Vict., c. 5, Sch. [1894 Agreement]

1. With respect to the tracts to be, from time to time, taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes and to the regulations required in that behalf, as in the said treaty mentioned, it is hereby conceded and declared that, as the Crown lands in the surrendered tract have been decided to belong to the Province of Ontario, or to Her Majesty in right of the said Province, the rights of hunting and fishing by the Indians throughout the tract surrendered, not including the reserves to be made thereunder, do not continue with reference to any tracts which have been, or from time to time may be, required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by the Government of Ontario or persons duly authorized by the said Government of Ontario; and that the concurrence of the Province of Ontario is required in the selection of the said reserves.

Ontario Boundaries Extension Act, S.C. 1912, c. 40 [1912 Legislation]

2. . . .

(*a*) That the province of Ontario will recognize the rights of the Indian inhabitants in the territory above described to the same extent, and will obtain surrenders of such rights in the same manner, as the Government of Canada has heretofore recognized such rights and has obtained surrender thereof, and the said province shall bear and satisfy all charges and expenditure in connection with or arising out of such surrenders;

(*b*) That no such surrender shall be made or obtained except with the approval of the Governor in Council;

(*c*) That the trusteeship of the Indians in the said territory, and the management of any lands now or hereafter

(3) [Accords sur des revendications territoriales] Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) [Égalité de garantie des droits pour les deux sexes] Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Acte pour régler certaines questions pendantes entre les gouvernements du Canada et d'Ontario relativement à certaines terres des Sauvages (1891) (R.-U.), 54 & 55 Vict., ch. 5 [accord de 1894]

1. Relativement aux espaces de terres à prendre de temps à autre pour la colonisation, les entreprises minières ou forestières ou pour d'autres fins, et relativement aux règlements à établir à cet égard, comme le mentionne le dit traité, il est par le présent admis et déclaré que, les terres de la Couronne dans le territoire cédé ayant été reconnues appartenir à la province d'Ontario, ou à Sa Majesté pour le compte de la dite province, le droit de chasse et de pêche des Sauvages dans l'étendue du territoire cédé, abstraction faite des réserves à désigner d'après le dit traité, cesse d'exister dans les espaces qui ont été ou pourront être de temps en temps jugés nécessaires, et distraits par le gouvernement d'Ontario ou ses agents dûment autorisés, pour la colonisation, les exploitations minières et forestières ou pour d'autres fins; et l'adhésion de la province d'Ontario sera nécessaire pour le choix des dites réserves.

Loi de l'extension des frontières de l'Ontario, S.C. 1912, ch. 40 [loi de 1912]

2. . . .

a) que la province de l'Ontario reconnaîtra les droits des habitants sauvages dans le territoire ci-dessus décrit, dans la même mesure, et obtiendra la remise de ces droits de la même manière, que le Gouvernement du Canada a ci-devant reconnu ces droits et obtenu leur remise, et ladite province supportera et acquittera toutes les charges et dépenses se rattachant à ces remises ou en résultant;

b) que nulle pareille remise ne sera faite ou obtenue qu'avec l'approbation du Gouverneur en conseil;

c) que la tutelle des sauvages dans ledit territoire et l'administration de toutes terres maintenant ou ci-après

reserved for their use, shall remain in the Government of Canada subject to the control of Parliament.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants Andrew Keewatin Jr. and Joseph William Fobister, on their own behalf and on behalf of all other members of the Grassy Narrows First Nation: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver and Victoria.

Solicitors for the appellant Leslie Cameron, on his own behalf and on behalf of all other members of the Wabauskang First Nation: First Peoples Law, Vancouver.

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

Solicitors for the respondent Resolute FP Canada Inc. (formerly Abitibi-Consolidated Inc.): Aird & Berlis, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon and Vancouver.

Solicitors for the respondent Goldcorp Inc.: Osler Hoskin & Harcourt, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

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

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

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 Grand Council of Treaty # 3: Hutchins Légal inc., Montréal.

réservées pour leur usage, restera à la charge du Gouvernement du Canada, subordonnément au contrôle du Parlement.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants Andrew Keewatin Jr. et Joseph William Fobister, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Grassy Narrows : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver et Victoria.

Procureurs de l'appelant Leslie Cameron, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Wabauskang : First Peoples Law, Vancouver.

Procureur de l'intimé le ministre des Ressources naturelles : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée PF Résolu Canada Inc. (anciennement Abitibi-Consolidated Inc.) : Aird & Berlis, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon et Vancouver.

Procureurs de l'intimée Goldcorp Inc. : Osler Hoskin & Harcourt, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

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

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

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 Grand Conseil du Traité n° 3 : Hutchins Légal inc., Montréal.

Solicitors for the interveners the Blood Tribe, the Beaver Lake Cree Nation, the Ermineskin Cree Nation, the Siksika Nation and the Whitefish Lake First Nation # 128: MacPherson Leslie & Tyerman, Edmonton and Calgary.

Solicitors for the intervener the Fort McKay First Nation: Henning Byrne, Edmonton; Shores Jardine, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the interveners the Ochiichagwe'-Babigo'Ining First Nation, the Ojibways of Onigaming First Nation, the Big Grassy First Nation and the Naotkamegwanning First Nation: Donald R. Colborne, Victoria.

Solicitors for the intervener the Métis Nation of Ontario: Pape Salter Teillet, Toronto.

Solicitors for the intervener the Cowichan Tribes, represented by Chief William Charles Seymour, on his own behalf and on behalf of the members of the Cowichan Tribes: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the interveners the Lac Seul First Nation and the Sandy Lake First Nation: Keshen & Major, Kenora, Ont.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations/National Indian Brotherhood: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Tribu des Blood, la Nation crie de Beaver Lake, la Nation crie d'Ermineskin, la Nation Siksika et la Première Nation du lac Whitefish n° 128 : MacPherson Leslie & Tyerman, Edmonton et Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Fort McKay : Henning Byrne, Edmonton; Shores Jardine, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intervenantes la Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, la Première Nation des Ojibways d'Onigaming, la Première Nation de Big Grassy et la Première Nation de Naotkamegwanning : Donald R. Colborne, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Métis Nation of Ontario : Pape Salter Teillet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante les Tribus Cowichan, représentées par le chef William Charles Seymour, en son propre nom et au nom des membres des Tribus Cowichan : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intervenantes la Première Nation du lac Seul et la Première Nation du lac Sandy : Keshen & Major, Kenora, Ont.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Confédération des syndicats nationaux and Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec *Respondents*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Confédération des syndicats nationaux

2014 SCC 49

File No.: 35124.

2014: January 20; 2014: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Motion to dismiss — Stare decisis — Action to have certain statutory provisions relating to employment insurance declared unconstitutional — Motion to dismiss on basis that issues being raised had already been decided by Supreme Court of Canada in earlier decision — Whether motion to institute proceedings is correct in law even if alleged facts are assumed to be true — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165(4).

In 1998 and 1999, some unions went to court to strike down certain provisions of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, in particular those relating to the premium-setting mechanism, which had made it possible to accumulate surpluses totalling several billion dollars. In their view, the government was reallocating these surpluses to its general expenses, which constituted a misappropriation of monies that were supposed to be earmarked for employment insurance. In 2008, in *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511 ("*CSN v. Canada*"), the Court declared that the measures adopted in the *Employment Insurance Act* were valid and constitutional, with the exception of those that applied in 2002, 2003 and 2005, and it suspended the effect of the declaration of invalidity for 12 months to enable Parliament to rectify the situation. In 2010, Parliament enacted the *Jobs and Economic Growth Act*, S.C. 2010, c. 12, which closed the Employment Insurance Account and created a new

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Confédération des syndicats nationaux et Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec *Intimées*

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Confédération des syndicats nationaux

2014 CSC 49

N° du greffe : 35124.

2014 : 20 janvier; 2014 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Requête en irrecevabilité — Stare decisis — Recours visant à faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions législatives relatives à l'assurance-emploi — Requête en irrecevabilité présentée au motif qu'un arrêt rendu auparavant par la Cour suprême du Canada tranchait déjà les questions soulevées — La requête introductive d'instance est-elle fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165(4).

En 1998 et 1999, des syndicats se sont adressés aux tribunaux pour faire invalider certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, notamment celles relatives au mécanisme de fixation des cotisations et ayant permis d'accumuler des surplus de plusieurs milliards de dollars. Selon eux, le gouvernement réaffectait ces surplus à ses dépenses générales, ce qui constituait un détournement des fonds qui devaient être réservés à l'assurance-emploi. En 2008, dans son arrêt *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511 (« *CSN c. Canada* »), la Cour a déclaré que les mesures adoptées en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* étaient valides et constitutionnelles, sauf pour les années 2002, 2003 et 2005, et elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois afin de permettre au législateur de rectifier la situation. En 2010, le Parlement a adopté la *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, ch. 12, laquelle a fermé le Compte

Employment Insurance Operating Account, retroactive to January 1, 2009. The Act did not specify that the balance of the Employment Insurance Account, which at that point amounted to over $57 billion, was to be transferred to the new Employment Insurance Operating Account. The CSN and the FTQ (the "unions") then filed a motion to institute proceedings in order to have certain provisions of the *Jobs and Economic Growth Act* declared unconstitutional. The Attorney General of Canada submitted that the issues raised by the unions had already been decided by the Court in *CSN v. Canada* and moved to dismiss the action under art. 165(4) of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25. The motion to dismiss was granted by the Quebec Superior Court, but the Court of Appeal set aside that decision. It found that the action was concerned with the effects of the act of eliminating the balance in the Employment Insurance Account and the resulting accounting entries, an issue that had not been disposed of in *CSN v. Canada*.

Held: The appeal should be allowed.

Before granting a motion to dismiss on the basis that an authoritative decision has already resolved the issue before him or her, the judge must be satisfied in light of the record and the alleged facts that the precedent relied on by the applicant concerns the entire dispute that it should normally resolve, and that it provides a complete, certain and final solution to the dispute.

In this case, the unions' action is bound to fail. The action's underlying premise is that a balance in the Employment Insurance Account is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to that account. In the unions' view, the premiums paid in the context of the employment insurance program are constitutionally valid only if they are properly accounted for. However, *CSN v. Canada* settled the law in this regard, and it deprives the motion to institute proceedings of any legal basis. In that case, the Court held that the amounts collected as contributions to the employment insurance program form part of the government's revenues and can be used for purposes other than paying benefits. Although the connection between the program and the premiums is a factor that can be considered in determining the nature of the levies, it is wrong to say that the validity of these levies depends on the existence of that connection. Furthermore, no debt of the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account ever existed, since the government cannot be indebted to itself. Because the action has no reasonable chance of success, art. 165(4) of the *Code of*

d'assurance-emploi et créé un nouveau Compte des opérations de l'assurance-emploi, de façon rétroactive au 1er janvier 2009. Cette loi ne prévoyait aucun transfert du solde créditeur du Compte d'assurance-emploi — lequel s'établissait alors à plus de 57 milliards de dollars — vers le nouveau Compte des opérations de l'assurance-emploi. La CSN et la FTQ (les « syndicats ») ont alors déposé une requête introductive d'instance pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi sur l'emploi et la croissance économique*. Soutenant que les questions soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par la Cour dans l'arrêt *CSN c. Canada*, le procureur général du Canada a présenté une requête en irrecevabilité fondée sur le par. 165(4) du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25. La requête en irrecevabilité a été accueillie par la Cour supérieure du Québec, mais la Cour d'appel a infirmé la décision. Elle a considéré que le litige portait sur les effets du geste d'abolition du solde créditeur du compte d'assurance-emploi et des entrées comptables en résultant, une question qui n'avait pas été tranchée dans l'arrêt *CSN c. Canada*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Avant d'accueillir une requête en irrecevabilité au motif qu'une décision faisant autorité a déjà tranché la question en litige, le juge d'instance doit être convaincu, au regard du dossier et des faits allégués, que le précédent invoqué par le requérant porte sur l'ensemble du débat qu'il devrait normalement trancher et qu'il y apporte une solution complète, certaine et définitive.

En l'espèce, le recours des syndicats est voué à l'échec. Le recours repose sur la prémisse que l'inscription au Compte d'assurance-emploi d'un solde créditeur constitue une dette du Trésor envers ce compte. Pour les syndicats, le suivi comptable des cotisations versées dans le cadre du régime d'assurance-emploi représente une condition essentielle à la validité constitutionnelle de celles-ci. Or, l'arrêt *CSN c. Canada* a fixé l'état du droit à cet égard et prive la requête introductive d'instance de tout fondement juridique. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les sommes recueillies au titre des cotisations à la caisse d'assurance-emploi sont une portion des recettes publiques de l'État et peuvent être utilisées à d'autres fins que le paiement de prestations. Bien que le lien entre le régime et les cotisations soit un élément dont on peut tenir compte afin d'établir la nature des prélèvements, il est erroné d'affirmer que la validité de ces prélèvements dépend de l'existence de ce lien. De plus, il n'a jamais existé de dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi, l'État ne pouvant être endetté envers lui-même. La demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès,

Civil Procedure applied and it was appropriate to dismiss the action at this preliminary stage.

Cases Cited

Considered: *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131; *Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group v. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17; *Groupe Jeunesse Inc. v. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Bohémier v. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII); *Ville de Hampstead v. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163; *Cheung v. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. v. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII); *Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) v. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24; *R. v. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129; *Saint-Eustache (Ville de) v. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII); *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42; *Racine v. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII); *Canada (Procureur général) v. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046, leave to appeal refused, [2013] 2 S.C.R. ix; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 165.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 66, 66.1, 66.3.
Jobs and Economic Growth Act, S.C. 2010, c. 12, ss. 2185 *et seq.*

Authors Cited

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Kélada, Henri. *Les préliminaires de défense en procédure civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
Reid, Hubert, et Claire Carrier. *Code de procédure civile du Québec: jurisprudence et doctrine*, 30e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2014.

le par. 165(4) du *Code de procédure civile* s'appliquait et le recours pouvait être rejeté au stade préliminaire.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131; *Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group c. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17; *Groupe Jeunesse Inc. c. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Bohémier c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII); *Ville de Hampstead c. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163; *Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. c. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII); *Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) c. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24; *R. c. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129; *Saint-Eustache (Ville de) c. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII); *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42; *Racine c. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046, autorisation d'appel refusée, [2013] 2 R.C.S. ix; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 165.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 66, 66.1, 66.3.
Loi sur l'emploi et la croissance économique, L.C. 2010, ch. 12, art. 2185 et suiv.

Doctrine et autres documents cités

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Kélada, Henri. *Les préliminaires de défense en procédure civile*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.
Reid, Hubert, et Claire Carrier. *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 30e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Fournier and St-Pierre JJ.A.), 2012 QCCA 1822, [2012] AZ-50901334, [2012] J.Q. nº 9717 (QL), 2012 CarswellQue 10069, setting aside a decision of Perrault J., 2012 QCCS 128, [2012] AZ-50823420, [2012] J.Q. nº 341 (QL), 2012 CarswellQue 261. Appeal allowed.

René LeBlanc and *Pierre Salois*, for the appellant.

Guy Martin, for the respondent Confédération des syndicats nationaux.

Jean-Guy Ouellet, for the respondent Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] LeBel and Wagner JJ. — Judicial resources must be husbanded to ensure that the courts function properly and that litigants have access to a justice system that meets the highest possible standards. With this in mind, lawmakers have given the courts tools to be used, even at a preliminary stage, to put an end to actions that are bound to fail. In Quebec, for example, art. 165 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("*C.C.P.*"), is one of the mechanisms devised to further this objective. The courts must be cautious in exercising this power, however. Although the proper administration of justice requires that the courts' resources not be expended on actions that are bound to fail, the cardinal principle of access to justice requires that the power be used sparingly, where it is clear that an action has no reasonable chance of success.

[2] For the reasons that follow, it is in our opinion clear that the action of the respondents, the Confédération des syndicats nationaux and the Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (referred to collectively as the "unions"), is bound to fail. The application of the doctrine of *stare decisis* is fatal to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Fournier et St-Pierre), 2012 QCCA 1822, [2012] AZ-50901334, [2012] J.Q. nº 9717 (QL), 2012 CarswellQue 10069, qui a infirmé une décision de la juge Perrault, 2012 QCCS 128, [2012] AZ-50823420, [2012] J.Q. nº 341 (QL), 2012 CarswellQue 261. Pourvoi accueilli.

René LeBlanc et *Pierre Salois*, pour l'appelant.

Guy Martin, pour l'intimée la Confédération des syndicats nationaux.

Jean-Guy Ouellet, pour l'intimée la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] Les juges LeBel et Wagner — La saine administration des ressources judiciaires représente une condition essentielle pour assurer le bon fonctionnement du système judiciaire et l'accès des justiciables à une justice de qualité. Pour garantir cette saine administration, les législateurs ont doté les tribunaux d'outils leur permettant de mettre fin à des recours voués à l'échec, et ce, même à un stade préliminaire. Au Québec, à titre d'exemple, l'art. 165 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25 (« *C.p.c.* »), fait partie des moyens mis en place pour réaliser cet objectif. Cependant, l'exercice de ce pouvoir impose la prudence aux tribunaux. En effet, si la saine administration de la justice commande que les recours voués à l'échec n'accaparent pas les ressources des tribunaux, le principe cardinal de l'accès à la justice exige en revanche que ce pouvoir soit utilisé avec parcimonie, lorsqu'il est manifeste qu'une demande n'a aucune chance raisonnable de succès.

[2] Pour les motifs qui suivent, il est manifeste, à notre avis, que le recours entrepris par les intimées Confédération des syndicats nationaux et Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (collectivement les « syndicats ») est voué à l'échec. L'application de la règle du *stare decisis* est fatale à

it: this Court's 2008 decision in *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511 ("*CSN v. Canada*"), settled the law on the legal issues this action raises. That decision therefore deprives the unions' motion to institute proceedings of any legal basis. Since the action has no reasonable chance of success, art. 165(4) of the *Code of Civil Procedure* applied in the case at bar and it was appropriate to dismiss the action at this preliminary stage.

I. Background

[3] In 1996, the federal government carried out a major reform of the employment insurance program when it enacted the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*1996 Act*"). One of the main components of the reform concerned the mechanism for setting the premiums payable by workers and employers who contributed to the program, and thus the method of financing the program.

[4] Faced with periodic deficits in the program and fearing the effects of an economic downturn on the Consolidated Revenue Fund, Parliament sought, in adopting this reform, to create a reserve to enhance the program's stability while avoiding significant fluctuations in premiums. The reform quickly paid off, as there was a surplus of several billion dollars in the Employment Insurance Account on January 1, 2009.

[5] In 1998 and 1999, respectively, the Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida and the Confédération des syndicats nationaux went to court to strike down certain provisions of the *1996 Act*, arguing, *inter alia*, that the premium-setting mechanism was unconstitutional because the annual surpluses in the account were being reallocated by the government to its general expenses, including budget deficit reduction. In their view, this was a misappropriation pure and simple of monies that were supposed to be earmarked for employment insurance.

leur action : l'arrêt prononcé par notre Cour en 2008 dans l'affaire *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511 (« *CSN c. Canada* »), a fixé l'état du droit à l'égard des questions de droit soulevées par le présent recours. Cet arrêt prive en conséquence de tout fondement juridique la requête introductive d'instance déposée par les syndicats. La demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès, le par. 165(4) du *Code de procédure civile* s'appliquait en l'espèce et le recours pouvait être rejeté au stade préliminaire.

I. Le contexte

[3] En 1996, en édictant la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *Loi de 1996* »), le gouvernement fédéral a opéré une réforme majeure du régime d'assurance-emploi. L'un des principaux éléments de cette réforme visait le mode de fixation des cotisations payables par les travailleurs et employeurs qui contribuaient au régime et, partant, le mode de financement du régime.

[4] Aux prises avec des déficits périodiques du régime et appréhendant les effets d'une période de ralentissement économique sur le Trésor fédéral, le Parlement voulait, par sa réforme, créer une réserve pour augmenter la stabilité du régime en évitant les fluctuations importantes des cotisations. Cette réforme a rapidement porté fruit, puisqu'au 1er janvier 2009, le Compte d'assurance-emploi comportait un surplus de plusieurs milliards de dollars.

[5] En 1998 et 1999 respectivement, le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida et la Confédération des syndicats nationaux s'adressent aux tribunaux pour faire invalider certaines dispostions de la *Loi de 1996*, plaidant notamment l'inconstitutionnalité du mécanisme de fixation des cotisations au motif que les excédents annuels au compte étaient réaffectés par le gouvernement à ses dépenses générales, notamment à la réduction du déficit budgétaire. Selon eux, il s'agissait purement et simplement d'un détournement des fonds qui devaient être réservés à l'assurance-emploi.

[6] In its decision of December 11, 2008, this Court declared that the measures adopted in the *1996 Act* were valid and constitutional, with the exception of those that applied in 2002, 2003 and 2005. The Court held that the premium-setting mechanism for those years was unconstitutional because it enabled the Governor in Council to impose a tax without a clear delegation of taxing authority (*CSN v. Canada*, at paras. 72 *et seq.*).

[7] For 2002, 2003 and 2005, premium rates had been set by the Governor in Council under ss. 66.1 and 66.3 of the *1996 Act*. These sections made it possible to disregard the criteria set out in s. 66, which governed the exercise of the power to set rates. Because they were silent regarding the connection between premiums and benefits, they could not be viewed as imposing a regulatory charge within the meaning of *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, and *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131. Nor did they contain a delegation of taxing authority by Parliament to the Governor in Council. The Court accepted that, for the years in question, the improper exercise by the Governor in Council of the power conferred on Parliament was a technical defect, and it suspended the effect of the declaration of invalidity of ss. 66.1 and 66.3 for 12 months to enable Parliament to rectify the situation.

[8] On July 12, 2010, Parliament enacted the *Jobs and Economic Growth Act*, S.C. 2010, c. 12 ("*2010 Act*"), which provided, among other things, for closure of the Employment Insurance Account and the creation of a new account, called the Employment Insurance Operating Account, retroactive to January 1, 2009 (ss. 2185 *et seq.*).

[9] It is common ground that the *2010 Act* did not specify that the balance of the Employment Insurance Account, which at that point amounted to over

[6] Dans son arrêt du 11 décembre 2008, notre Cour a déclaré que les mesures adoptées en vertu de la *Loi de 1996* étaient valides et constitutionnelles, sauf pour les années 2002, 2003 et 2005. Relativement à ces années, la Cour a conclu que le mécanisme de fixation des cotisations était inconstitutionnel, car il permettait au gouverneur en conseil d'imposer une taxe sans qu'aucune délégation claire du pouvoir de taxation ne l'y autorise (*CSN c. Canada*, par. 72 et suiv.).

[7] En effet, pour les années 2002, 2003 et 2005, les taux de cotisation avaient été fixés par le gouverneur en conseil en vertu des art. 66.1 et 66.3 de la *Loi de 1996*. Ces dispositions permettaient de déroger aux critères prévus par l'art. 66, lesquels encadraient l'exercice du pouvoir de fixer les taux de cotisation. Parce qu'elles étaient muettes sur le lien entre les cotisations et les prestations, les dispositions ne pouvaient être considérées comme imposant une charge réglementaire au sens des arrêts *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, et *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131. Elles ne comportaient pas non plus de délégation par le Parlement d'un pouvoir de taxation au gouverneur en conseil. La Cour a reconnu que, pour les années en question, l'exercice irrégulier par le gouverneur en conseil du pouvoir dévolu au Parlement constituait un défaut technique, et elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle des art. 66.1 et 66.3 pour une période de 12 mois, afin de permettre au législateur de rectifier la situation.

[8] Le 12 juillet 2010, le Parlement a adopté la *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, ch. 12 (« *Loi de 2010* »), qui prévoyait notamment la fermeture du Compte d'assurance-emploi et la création d'un nouveau compte, appelé Compte des opérations de l'assurance-emploi, de façon rétroactive au 1er janvier 2009 (art. 2185 et suiv.).

[9] Il est admis que la *Loi de 2010* ne prévoyait aucun transfert du solde créditeur du Compte d'assurance-emploi — lequel s'établissait alors à

$57 billion, was to be transferred to the new Employment Insurance Operating Account. This, then, is the context in which the litigation began.

II. Judicial History

[10] In April 2011, the unions filed a motion to institute proceedings in order to have certain provisions of the *2010 Act* declared unconstitutional.

[11] The Attorney General of Canada submitted that the issues raised by the unions had already been decided by this Court in *CSN v. Canada*, and accordingly moved to dismiss the action under art. 165(4) *C.C.P.* on the basis that it was unfounded in law.

A. *Superior Court, 2012 QCCS 128 (CanLII), Perrault J.*

[12] The motion to dismiss was initially granted by the Quebec Superior Court. Perrault J. rejected the unions' arguments to the effect that the impugned provisions were constitutionally invalid because they broke the necessary connection between the premiums being collected and the employment insurance program. She pointed out that this Court had held in *CSN v. Canada* that the monies from the program belonged to the government and not to the contributors. Moreover, the connection relied on by the unions was relevant only for the purpose of establishing the legal nature of the premiums, not for that of determining whether they were being used in a lawful manner. The premiums constituted either a regulatory charge or a payroll tax. The accumulated surpluses formed part of the government's revenues, did not have to be used solely for the employment insurance program and were not a debt owed to the program by the Consolidated Revenue Fund. Perrault J. concluded that the questions of law raised by the unions had already been disposed of by this Court in 2008. Their action was accordingly unfounded in law and had to be dismissed, even at this preliminary stage.

plus de 57 milliards de dollars — vers le nouveau Compte des opérations de l'assurance-emploi. La contestation judiciaire s'est donc engagée dans ce contexte.

II. Historique judiciaire

[10] Au mois d'avril 2011, les syndicats ont déposé une requête introductive d'instance pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi de 2010*.

[11] Soutenant que les questions soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par notre Cour dans l'arrêt *CSN c. Canada*, le procureur général du Canada a donc présenté une requête en irrecevabilité fondée sur le par. 165(4) *C.p.c.* et plaidé que le recours n'est pas fondé en droit.

A. *Cour supérieure, 2012 QCCS 128 (CanLII), la juge Perrault*

[12] La requête en irrecevabilité a d'abord été accueillie par la Cour supérieure du Québec. La juge Perrault a écarté les arguments des syndicats selon lesquels les dispositions attaquées seraient constitutionnellement invalides, car elles briseraient le lien nécessaire entre les cotisations perçues et le régime d'assurance-emploi. La juge a souligné que, dans l'arrêt *CSN c. Canada*, notre Cour a décidé que les fonds du régime appartiennent au gouvernement et non aux cotisants. De plus, le lien invoqué par les syndicats n'était pertinent que pour déterminer la nature juridique des cotisations, non la légalité de leur utilisation. En l'occurrence, il s'agissait soit de prélèvements réglementaires, soit de taxe sur les listes de paie. Les surplus amassés font partie des recettes de l'État, ils n'ont pas à être utilisés aux seules fins du régime d'assurance-emploi et ils ne constituent pas une dette du Trésor public envers ce régime. Selon la juge Perrault, les questions de droit soulevées par les syndicats avaient déjà été tranchées par notre Cour en 2008. Leur recours n'était donc pas fondé en droit et devait être rejeté même à ce stade préliminaire.

B. *Court of Appeal, 2012 QCCA 1822 (CanLII), Morissette, Fournier and St-Pierre JJ.A.*

[13] The Quebec Court of Appeal set aside the motion judge's decision, finding that the action was concerned more with [TRANSLATION] "the effects of the act of eliminating the balance and the resulting accounting entries" that flowed from the 2010 legislative amendment than with the use of the surpluses that had accumulated in the account (para. 51). The issue now before the court had not been disposed of by this Court in its 2008 decision, since the legislation in question had not yet been enacted. Moreover, most of the relevant facts were subsequent to that decision. In this context, if the motion judge had assumed those facts to be true, as she should have, she would have dismissed the motion to dismiss and allowed the parties to argue the issues raised by the unions on the merits. The Court of Appeal also noted the unions' allegation that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account and stressed that this was one of the facts the trial judge had to assume to be true.

III. Issue

[14] In this Court, the issue continues to be how to dispose of the appellant's motion to dismiss.

IV. Analysis

A. *Article 165(4) of the Code of Civil Procedure*

(1) Function and Scope of Article 165(4) *C.C.P.*

[15] The appellant's preliminary motion was based on art. 165(4) *C.C.P.* The primary function of that provision, which establishes a contemporary version of the former procedure known as the "inscription in law", is to avoid a trial where an action has no basis in law, even if the facts in support of it are admitted (*Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group v. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17 (C.A.); *Groupe Jeunesse Inc. v. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766 (Que. C.A.), at para. 6).

B. *Cour d'appel, 2012 QCCA 1822 (CanLII), les juges Morissette, Fournier et St-Pierre*

[13] La Cour d'appel du Québec a infirmé la décision de première instance, considérant que le litige portait davantage sur « les effets du geste d'abolition du solde créditeur et des entrées comptables en résultant », suite à la modification législative de 2010, que sur l'utilisation des surplus accumulés dans ce compte (par. 51). Or, cette question n'a pas, dans sa forme actuelle, été tranchée par la Cour dans son arrêt de 2008, puisque la loi en question n'avait pas encore été adoptée. Qui plus est, la majorité des faits pertinents sont postérieurs à cet arrêt. Dans ce contexte, si la juge de première instance avait, comme elle se devait de le faire, tenu ces faits pour avérés, elle aurait rejeté la requête en irrecevabilité et permis aux parties de débattre au fond les questions soulevées par les syndicats. La Cour d'appel a d'ailleurs souligné que la prétention des syndicats selon laquelle le Trésor public avait une dette envers le Compte d'assurance-emploi faisait partie des faits que la juge de première instance devait tenir pour avérés.

III. Question en litige

[14] Devant notre Cour, la question soulevée demeure celle du sort de la requête en irrecevabilité présentée par l'appelant.

IV. Analyse

A. *Le paragraphe 165(4) du Code de procédure civile*

(1) Fonction et portée du par. 165(4) *C.p.c.*

[15] La requête préliminaire présentée par l'appelant repose sur le par. 165(4) *C.p.c.* Expression contemporaine de l'ancienne inscription en droit, cette disposition a pour fonction première d'éviter la tenue d'un procès lorsque le recours est dépourvu de fondement juridique, et ce, même si les faits à son soutien sont admis (*Groupe d'assurance Hartford/Monitor Insurance Group c. Plomberie P.M. Inc.*, [1984] R.D.J. 17 (C.A.); *Groupe Jeunesse Inc. c. Loto-Québec*, 2004 CanLII 9766 (C.A. Qué.), par. 6).

[16] Thus, the application of art. 165(4) *C.C.P.* favours the sound and effective management of judicial resources. In the words of McLachlin C.J., the power of the courts to dismiss actions at a preliminary stage "is a valuable housekeeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial" (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 19; see also *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at pp. 745-46).

[17] Dismissing an action at a preliminary stage can have very serious consequences, however. The courts must therefore be cautious in exercising this power. As a result, an action will not be dismissed at this point in the proceedings unless it is plain and obvious that it lacks a basis in law (*Bohémier v. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII), at para. 17; *Ville de Hampstead v. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163 (C.A.); *Cheung v. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. v. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII)).

[18] In this regard, the Quebec Court of Appeal noted that, [TRANSLATION] "given the serious consequences of dismissing an action without considering it on its merits, litigation should not be ended at an early stage on a motion to dismiss absent a situation that is plain and obvious" (*Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) v. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24, at para. 4 (emphasis added)).

[19] This "plain and obvious" situation that opens the door to the dismissal of an action must be apparent from the allegations set out in the motion to institute proceedings and the exhibits filed in support of it (*Groupe Jeunesse Inc.*; *R. v. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129 (Que. C.A.); *Saint-Eustache (Ville de) v. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII)).

[16] Pour cette raison, l'application du par. 165(4) *C.p.c.* favorise une gestion saine et efficace des ressources judiciaires. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin, le pouvoir que possèdent les tribunaux de rejeter les recours au stade préliminaire « constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès. Il permet d'élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l'instruction des demandes susceptibles d'être accueillies » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 19; voir aussi *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 745-746).

[17] Le rejet d'une action au stade préliminaire peut toutefois entraîner de très sérieuses conséquences. Les tribunaux doivent pour cette raison faire preuve de circonspection dans l'exercice de ce pouvoir. Dans ce contexte, seule une absence claire et manifeste de fondement juridique mènera au rejet d'une action à cette étape des procédures (*Bohémier c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 308 (CanLII), par. 17; *Ville de Hampstead c. Jardins Tuileries Ltée*, [1992] R.D.J. 163 (C.A.); *Cheung c. Borsellino*, 2005 QCCA 865 (CanLII); *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc. c. Société d'habitation et de développement de Montréal*, 2011 QCCA 1033 (CanLII)).

[18] À ce propos, la Cour d'appel du Québec soulignait qu'« il faut éviter de mettre fin prématurément à un procès au stade d'une requête en irrecevabilité, à moins d'une situation claire et évidente, considérant les graves conséquences qui découlent du rejet d'une action sans que la demande ne soit examinée au mérite » (*Entreprises Pelletier & Garon (Toitures inc.) c. Agropur Coopérative*, 2010 QCCA 244, [2010] R.D.I. 24, par. 4 (nous soulignons)).

[19] Cette situation « claire et évidente » ouvrant la voie au rejet de l'action doit apparaître à la lecture des allégations de la requête introductive d'instance et des différentes pièces invoquées à son soutien (*Groupe Jeunesse Inc.*; *R. c. Québec (Société des alcools)*, 1998 CanLII 13129 (C.A. Qué.); *Saint-Eustache (Ville de) c. Régie intermunicipale Argenteuil Deux-Montagnes*, 2011 QCCA 227 (CanLII)).

[20] However, although the *facts alleged* in the motion must be assumed to be true (*Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 15; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113), the court is not bound by the *legal characterization* of those facts (*Gillet v. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 (C.A.), at para. 25; *Racine v. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII), at para. 10; *Société des alcools*; *Bohémier*, at para. 17).

[21] As a result, a judge deciding whether an action should be dismissed must determine whether the allegations *of fact* set out in the motion to institute proceedings are [TRANSLATION] "of such a nature as to open the door to the conclusions being sought" by the applicant (*Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc.*, at para. 14). In every case, the dismissal of the action will be appropriate only if all the facts to be considered are set out in the motion to institute proceedings and there is no question that the relevant legal rule applies to them (H. Reid and C. Carrier, *Code de procédure civile du Québec: jurisprudence et doctrine* (30th ed. 2014), at para. 165/200).

(2) Dismissal of an Action on the Basis of *Stare Decisis*

[22] Judgments rendered under art. 165(4) *C.C.P.* often concern situations in which the right being claimed is clearly prescribed, the law prohibits recourse to the courts, or there is quite simply no legal relationship between the parties (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 1, at pp. 286-87; H. Kélada, *Les préliminaires de défense en procédure civile* (2009), at pp. 214 *et seq.*). However, an action will sometimes be dismissed if it is clear that an authoritative decision has already resolved the issue or issues raised in the motion to institute proceedings. In the Attorney General of Canada's view, that is in fact the case in this appeal.

[23] He submits that this case concerns a situation in which a previous decision of this Court has settled the law on the main legal issues involved

[20] Cependant, si les *faits allégués* dans la requête doivent être tenus pour avérés (*Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 15; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113), leur *qualification juridique* ne lie pas pour autant le tribunal (*Gillet c. Arthur*, [2005] R.J.Q. 42 (C.A.), par. 25; *Racine c. Harvey*, 2005 QCCA 879 (CanLII), par. 10; *Société des alcools*; *Bohémier*, par. 17).

[21] Dans ce contexte, le juge appelé à statuer sur la recevabilité d'un recours doit déterminer si les allégations *de fait* énoncées dans la requête introductive d'instance sont « de nature à donner ouverture aux conclusions recherchées » par le demandeur (*Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec inc.*, par. 14). Dans tous les cas, pour que le tribunal soit fondé à conclure à l'irrecevabilité, il faut que tous les éléments de fait à considérer apparaissent à la requête introductive d'instance et que l'application de la règle de droit pertinente à ces éléments ne soit pas discutable (H. Reid et C. Carrier, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine* (30e éd. 2014), par. 165/200).

(2) Le rejet d'action fondé sur la règle du *stare decisis*

[22] Les jugements rendus en application du par. 165(4) *C.p.c.* portent souvent sur des situations où soit le droit invoqué est clairement prescrit, soit la loi interdit de recourir aux tribunaux, soit il y a absence pure et simple d'un lien de droit entre les parties (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), vol. 1, p. 286-287; H. Kélada, *Les préliminaires de défense en procédure civile* (2009), p. 214 et suiv.). Cependant, il arrive parfois qu'un recours soit rejeté lorsqu'il est manifeste qu'une décision faisant autorité a déjà tranché la ou les questions soulevées par la requête introductive d'instance. Selon le procureur général du Canada, le présent pourvoi constitue un de ces cas.

[23] En effet, nous sommes selon lui en présence d'une situation où un arrêt antérieur de notre Cour a fixé le droit à l'égard des principales questions

in the appeal. The appellant does not argue that this is a case of *res judicata* on the basis of which art. 165(1) could be invoked. Rather, his argument is that the law applicable to the fundamental issues that will determine the outcome of the appeal was settled by this Court in its 2008 decision in *CSN v. Canada* in exercising its power as the ultimate interpreter of constitutional and public law. An interpretation contrary to the one adopted by the Court in that case would have no legal basis in light of the case's status as a precedent (*Canada (Procureur général) v. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046 ("*Canada v. Imperial Tobacco*"), at paras. 125-27, *per* Gascon J.A., leave to appeal refused, [2013] 2 S.C.R. ix; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 38 and 43-46, *per* McLachlin C.J.).

[24] Of course, the doctrine of *stare decisis* is no longer completely inflexible. As the Court noted in *Bedford*, the precedential value of a judgment may be questioned "if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate" (para. 42). Where, on the other hand, the legal issue remains the same and arises in a similar context, the precedent still represents the law and must be followed by the courts (*Bedford*, at para. 46).

[25] Although relatively uncommon in Quebec civil procedure, the mechanism for dismissing actions at a preliminary stage on the basis of *stare decisis* is similar to the *res judicata* exception (art. 165(1) *C.C.P.*). Under both of them, the legal issues raised by the applicant must already have been clearly resolved by the courts. However, unlike *res judicata*, *stare decisis* does not necessarily require that the dispute be between the same parties. What must be established is that the issue is the same and that the questions it raises have already been answered by a higher court whose judgment has the authority of *res judicata*.

juridiques que soulève le pourvoi. L'appelant ne prétend pas qu'il s'agit d'un cas de *chose jugée* qui permettrait d'invoquer le par. 165(1). Il plaide plutôt que le droit applicable aux questions fondamentales qui scelleront le sort de l'appel a été établi par l'arrêt *CSN c. Canada* qu'a rendu notre Cour en 2008, dans l'exercice de sa fonction d'interprétation, en dernier ressort, du droit constitutionnel et du droit public. Une interprétation contraire à celle adoptée par la Cour dans cet arrêt serait dépourvue de fondement juridique en raison de l'autorité que revêt celui-ci comme précédent (*Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046 (« *Canada c. Imperial Tobacco* »), par. 125-127, le juge Gascon, autorisation d'appel refusée, [2013] 2 R.C.S. ix; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38 et 43-46, la juge en chef McLachlin).

[24] Certes, la règle de l'autorité du précédent ou du *stare decisis* n'est plus d'une rigidité absolue aujourd'hui. Comme l'a rappelé notre Cour dans l'arrêt *Bedford*, la valeur précédentielle d'un jugement peut être remise en cause « lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » (par. 42). En revanche, quand la question juridique demeure la même et s'insère dans un contexte similaire, le précédent représente toujours l'état du droit et doit être respecté par les tribunaux (*Bedford*, par. 46).

[25] D'utilisation limitée dans la procédure civile du Québec, la méthode de rejet au stade préliminaire fondée sur la règle du *stare decisis* se rapproche de l'exception fondée sur la chose jugée (par. 165(1) *C.p.c.*). Tout comme cette dernière, elle requiert que les questions juridiques soulevées par la partie demanderesse aient déjà été clairement tranchées par les tribunaux. Toutefois, contrairement à la chose jugée, elle n'exige pas nécessairement que le débat oppose les mêmes parties. En effet, l'élément important consiste à établir que le débat, tel qu'il a été entrepris, reste le même, et que les questions qu'il soulève aient déjà été réglées par une juridiction supérieure dont le jugement possède l'autorité de la chose jugée.

[26] In *Canada v. Imperial Tobacco*, Gascon J.A., as he then was, explained this as follows:

> [TRANSLATION] In this context, the manufacturers' argument that this case is not *res judicata*, because *Imperial* was not decided by a court of competent civil law jurisdiction or because strict identity of parties, cause and object is not established, does not appear to me to be determinative. I see no need for further discussion of the distinctions the manufacturers raise with respect to these identities of parties, cause and object, which in their view refute the AGC's *res judicata* argument. In my opinion, the appropriate principle to apply to resolve the issue is instead *stare decisis*.
>
> The Superior Court should have held on the basis of *stare decisis* that it was bound by *Imperial*. The Supreme Court, by ruling as it did on the issue of the AGC's immunity in relation to the course or principle of action challenged by the manufacturers, had in a sense barred the manufacturers' actions in warranty by rendering them unfounded in law, even if the alleged facts were assumed to be true.
>
> *Stare decisis* is a less stringent basis for an argument than *res judicata*, since it requires only a similar or analogous factual framework. *Stare decisis* is a principle "under which a court must follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation" [*Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 1537]. It applies, of course, to decisions of the Supreme Court, particularly in the area of public law as here, where the parties were involved in earlier litigation on the specific question at issue. [Emphasis added; paras. 125-27.]

[27] This being said, before granting a motion to dismiss an action because it has no basis in law, the judge must also be satisfied in light of the record and the alleged facts that the precedent relied on by the applicant actually concerns *the entire dispute* that it should normally resolve, and that it provides a *complete, certain and final* solution to the dispute. In case of doubt, the judge may not grant the motion to dismiss, but must instead give the parties an opportunity to argue the issues on the merits.

[26] Dans *Canada c. Imperial Tobacco*, le juge Gascon, alors à la Cour d'appel, a donné les précisions suivantes :

> Dans ce contexte, ne m'apparaît pas décisif l'argument des fabricants voulant qu'il ne s'agisse pas ici de chose jugée puisque l'arrêt *Imperial* n'est pas rendu par une cour compétente de juridiction civile ou parce que l'identité stricte de parties, de causes et d'objets n'est pas établie. Je n'estime pas nécessaire de discuter plus amplement des distinctions que soulèvent les fabricants en regard de ces identités de parties, de causes et d'objets qui feraient échec à l'argument de chose jugée qu'invoque le PGC. À mon avis, la règle du *stare decisis* permet plutôt de trancher la question.
>
> Suivant cette règle, la Cour supérieure aurait dû se déclarer liée par l'arrêt *Imperial*. En statuant comme elle l'a fait sur la question de l'immunité dont bénéficie le PGC en regard de la ligne de conduite remise en question par les fabricants, la Cour suprême rendait en quelque sorte leurs actions en garantie irrecevables parce que mal fondées en droit, même en tenant pour avérés les faits allégués.
>
> L'argument fondé sur le *stare decisis* est moins exigeant que la chose jugée puisqu'il ne requiert qu'une trame factuelle similaire ou analogue. La règle du *stare decisis* est un principe [TRADUCTION] « suivant lequel les tribunaux doivent suivre la jurisprudence applicable sur un point donné lorsque le même point se soulève de nouveau devant eux » [*Black's Law Dictionary* (9e éd. 2009), p. 1537]. Cette règle s'applique bien sûr aux arrêts de la Cour suprême, particulièrement en matière de droit public comme ici, alors que les parties ont participé au débat antérieur sur la question précise en jeu. [Nous soulignons; par. 125-127.]

[27] Cela dit, avant d'accueillir une requête en irrecevabilité pour absence de fondement juridique, encore faut-il que le juge d'instance soit convaincu, au regard du dossier et des faits allégués, que le précédent invoqué par le requérant porte bien sur *l'ensemble du débat* qu'il devrait normalement trancher et qu'il y apporte une solution *complète, certaine et définitive*. En cas de doute, le juge doit rejeter la requête en irrecevabilité et laisser aux parties la possibilité de débattre au fond des questions litigieuses.

B. *Application of the Law to the Facts*

(1) True Nature of the Action

[28] The appellant submits that the action in the case at bar must be dismissed on the basis of *stare decisis*. To rule on this argument, it will be necessary to identify the nature of the action that was the subject of the Court's judgment in 2008 and determine how it relates to the allegations and the conclusions sought by the unions in their action brought in 2011.

[29] In a case such as this, the judge sitting on the motion to dismiss can consider more than just form when reviewing the record in order to properly establish the essential nature of the action, which will enable him or her to reject arguments that are new only in how they are presented.

[30] The constitutional questions the Court answered in its 2008 judgment were stated as follows:

1. Do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

2. If the answer to question 1 is affirmative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the taxation power provided for in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*?

3. If the answer to question 2 is negative, do ss. 66 to 66.3 and 72 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, satisfy the requirements of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*?

4. Do ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(*c*) and 135(2) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, exceed, in whole, in part or through their combined effect, the unemployment insurance power provided for in s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*?

5. If the answer to question 4 is affirmative, are ss. 24, 25, 56 to 65.2, 73, 75, 77, 109(*c*) and 135(2) of the

B. *Application du droit aux faits*

(1) La nature véritable du recours

[28] L'appelant prétend que l'application du principe du *stare decisis* entraîne l'irrecevabilité du recours intenté en l'espèce. Pour statuer sur cette prétention, il est nécessaire d'identifier la nature de la demande qui a fait l'objet du jugement de la Cour en 2008 et de la situer par rapport aux allégations et aux conclusions énoncées par les syndicats dans leur recours entrepris en 2011.

[29] Par ailleurs, en semblable matière, le juge saisi de la requête en rejet peut pousser son examen du dossier au-delà de la forme afin de bien dégager le caractère essentiel du recours et de pouvoir ainsi écarter des prétentions qui n'auraient de nouveau que leur présentation.

[30] Les questions constitutionnelles tranchées par la Cour dans son jugement de 2008 étaient formulées ainsi :

1. Les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. En cas de réponse affirmative à la question 1, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur la taxation conférée par le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

3. En cas de réponse négative à la question 2, les articles 66 à 66.3 et 72 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, respectent-ils les exigences de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

4. Les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109*c*) et 135(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils, en tout, en partie ou par leur effet combiné, *ultra vires* de la compétence sur l'assurance-chômage conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

5. En cas de réponse affirmative à la question 4, les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109*c*) et 135(2) de la

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, validly based on the federal spending power?

(*CSN v. Canada*, at para. 17)

[31] In the instant case, the unions are asking the courts for the following conclusions:

[TRANSLATION] Declare that any change in the mechanism for setting premium rates may not disregard the sums collected and recorded in the Employment Insurance Account;

Declare that the balance in the Employment Insurance Account may not be erased and must be allocated to financing the program;

Declare that sections 2185 to 2187, 2189, 2190, 2193 to 2199, 2203, 2204(1) as it relates to subsections 66(1), 2204(2), 2207 and 2208 of the *Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 4, 2010 and other measures* are invalid;

(Motion to Institute Proceedings ("M.I.P."), at p. 29; A.R., vol. I, at p. 55)

[32] There is no question that the unions ultimately want the moneys recorded in the Employment Insurance Account to be allocated exclusively to the payment of benefits. In their view, the sums collected for the former program should be used solely to finance the new program. That is the unions' objective in this case.

[33] In considering the legal bases for the new action, we note that the unions' underlying premise is that [TRANSLATION] "a balance in the Employment Insurance Account . . . is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account" (M.I.P., at para. 90; A.R., vol. I, at p. 53).

[34] The unions believe that the constitutional validity of the premiums depends on the transfer of that debt from the former Employment Insurance Account to the new Employment Insurance Operating Account. They argue that [TRANSLATION]

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils validement fondés sur le pouvoir fédéral de dépenser?

(*CSN c. Canada*, par. 17)

[31] En l'espèce, les syndicats demandent aux tribunaux de leur accorder les conclusions suivantes :

Déclarer que toute modification au mode de fixation des taux de cotisation ne peut faire abstraction des sommes prélevées et comptabilisées dans le Compte d'assurance-emploi;

Déclarer que le solde créditeur du Compte d'assurance-emploi ne peut être effacé et doit être affecté au financement du régime;

Déclarer invalides les articles 2185 à 2187, 2189 et 2190, 2193 à 2199, 2203, 2204(1) pour ce qui est des paragraphes 66(1), 2204(2), 2207 et 2208 de la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au parlement le 4 mars 2010 et mettant en œuvre d'autres mesures*;

(requête introductive d'instance (« r.i.i. »), p. 29; d.a., vol. I, p. 55)

[32] Il ne fait aucun doute que les syndicats souhaitent en dernière analyse que l'argent comptabilisé dans le Compte d'assurance-emploi soit affecté exclusivement au paiement des prestations. Pour eux, les sommes prélevées dans le cadre de l'ancien régime devraient servir uniquement au financement du nouveau régime. Tel est l'objectif poursuivi en l'espèce par les syndicats.

[33] Lorsque nous examinons les assises juridiques de la nouvelle demande, nous constatons que, suivant la prémisse sur laquelle repose le recours des syndicats, « l'inscription au Compte d'assurance-emploi d'un solde créditeur [. . .] constitue une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi » (r.i.i., par. 90; d.a., vol. I, p. 53).

[34] Les syndicats considèrent que la validité constitutionnelle des cotisations est tributaire du transfert de cette créance de l'ancien Compte d'assurance-emploi vers le nouveau Compte des opérations de l'assurance-emploi. En effet, ils

"[t]his debt cannot be erased . . . without bringing into question the constitutional validity of the sums that have been collected and recorded" (M.I.P., at para. 92; A.R., vol. I, at p. 54). In support of their argument, the unions quote the following passage from this Court's reasons in *CSN v. Canada*:

> However, it is clear that the Account does not constitute — as is the case of pension fund assets — a trust fund or patrimony by appropriation. It forms part of Canada's government accounting, and premiums form part of the government's revenues. The government's use of it does not, therefore, constitute a misappropriation of employment insurance monies. Those monies were used like any other part of the revenues in the Consolidated Revenue Fund, and the appropriate accounts were kept. [Emphasis added; para. 74.]

[35] According to the unions, the reason why the Court held that the sums collected as premiums had been neither stolen nor misappropriated by the government was that they had been properly recorded in the Employment Insurance Account (M.I.P., at para. 89; A.R., vol. I, at p. 52). In short, the premiums paid in the context of the program are constitutionally valid only if they are properly accounted for. According to this argument, without such an accounting link, the use of premiums for any other purposes would constitute a misappropriation of monies collected to finance the employment insurance program and would therefore be unconstitutional.

[36] As the unions see it, this issue was not settled by the Court in 2008. The appellant sees things quite differently, however. The Employment Insurance Account was merely an accounting tool that contained no property or loans, and it was indebted to no one. All transactions — the payment of premiums or of benefits — were conducted through the Consolidated Revenue Fund, which means that the Employment Insurance Account was neither a trust fund nor a patrimony by appropriation.

(2) Is the Action Bound to Fail?

[37] As we mentioned above, to decide whether the action should be dismissed under art. 165(4)

plaident que l'on « ne peut [. . .] effacer cette créance sans remettre en cause la validité constitutionnelle des sommes prélevées et comptabilisées » (r.i.i., par. 92; d.a., vol. I, p. 54). Pour appuyer leur prétention, les syndicats citent le passage suivant de l'arrêt *CSN c. Canada*, où notre Cour a affirmé ce qui suit :

> Il est clair toutefois que ce Compte n'est pas un fonds fiduciaire ou un patrimoine d'affectation, comme dans le cas de l'actif d'un fonds de retraite. Il représente une partie de la comptabilité publique du Canada et les cotisations, une portion des recettes publiques de l'État. À ce titre, l'usage fait par le gouvernement ne représente pas un détournement des fonds de l'assurance-emploi. Les fonds ont été employés comme toute autre partie des recettes du Trésor et la comptabilité appropriée a été tenue. [Nous soulignons; par. 74.]

[35] Selon les syndicats, c'est parce que les sommes prélevées au titre de cotisation avaient été dûment comptabilisées au Compte d'assurance-emploi que notre Cour a jugé que les sommes en question n'avaient été ni volées ni détournées par le gouvernement (r.i.i., par. 89; d.a., vol. I, p. 52). Bref, le suivi comptable des cotisations versées dans le cadre du régime représenterait une condition essentielle à la validité constitutionnelle de celles-ci. Selon ce moyen, en l'absence d'un tel lien comptable, l'utilisation des cotisations à d'autres fins constituerait un détournement des fonds de la caisse d'assurance-emploi, et partant, serait inconstitutionnelle.

[36] Pour les syndicats, cette question n'a pas été tranchée par la Cour en 2008. Pour l'appelant, cependant, il en est tout autrement. Le Compte d'assurance-emploi n'est qu'un simple instrument de suivi comptable qui ne contient aucun bien ou aucun emprunt, et ce compte n'a de dette envers personne. Toutes les opérations — versement de cotisations ou paiement de prestations — sont effectuées sur le Trésor public, de telle sorte que le Compte d'assurance-emploi n'est ni un fonds fiduciaire ni un patrimoine d'affectation.

(2) Le recours est-il voué à l'échec?

[37] Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour décider si le recours est irrecevable en

C.C.P., this Court must determine whether it is bound to fail even if the alleged facts are true. Given that the appellant is relying on *stare decisis*, we must therefore determine whether the Court's decision in *CSN v. Canada* resolves the entire dispute and provides a complete, certain and final solution to the unions' action in this case.

application du par. 165(4) *C.p.c.*, notre Cour doit se demander si celui-ci est voué à l'échec, même si les faits allégués sont avérés. Dans ce contexte, puisque la règle du *stare decisis* a été invoquée par l'appelant, nous devons décider si l'arrêt de la Cour dans l'affaire *CSN c. Canada* règle l'ensemble du débat et apporte une solution complète, certaine et définitive à l'action intentée par les syndicats en l'espèce.

[38] In our opinion, the precedent relied on by the appellant does in fact do so. As a result, art. 165(4) *C.C.P.* applies, and the action could be dismissed in the interest of the proper administration of justice, even at a preliminary stage.

[38] Nous sommes d'avis que le précédent invoqué par l'appelant produit cet effet. En conséquence, le par. 165(4) *C.p.c.* s'applique et le recours pouvait être rejeté au nom d'une saine administration de la justice, et ce, même à l'étape préliminaire.

[39] We reiterate, first, that in the unions' view, [TRANSLATION] "a balance in the Employment Insurance Account . . . is a debt owed by the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account" (M.I.P., at para. 90; A.R., vol. I, at p. 53). The success of their action is directly dependent on the validity of this argument, which is its cornerstone, as the Quebec Court of Appeal in fact recognized. However, the Court of Appeal made a critical error in its analysis with respect to this argument by treating the allegation that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account as a fact that had to be assumed true for the purposes of the motion to dismiss, whereas it was really a legal characterization of the facts.

[39] Rappelons tout d'abord que, suivant les syndicats, « l'inscription au Compte d'assurance-emploi d'un solde créditeur [. . .] constitue une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi » (r.i.i., par. 90; d.a., vol. I, p. 53). En conséquence, le succès de leur recours dépend directement de la validité de cette prétention, qui en constitue la pierre angulaire, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour d'appel du Québec. Toutefois, cette dernière a commis une erreur déterminante dans l'analyse de cette prétention en assimilant l'allégation relative à l'existence d'une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi à un fait qui devait être tenu pour avéré pour les besoins de la requête en irrecevabilité, alors qu'il s'agissait en réalité d'une qualification juridique des faits.

[40] To determine whether the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account, it is necessary to analyze the nature of the Fund and the Account, as well as the relationship between them. In other words, a conclusion that the former was indebted to the latter presupposes a particular legal characterization of their relationship. In sum, this Court must determine whether, from a legal standpoint, the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account and, ultimately, whether the unions' basic legal argument is valid.

[40] En effet, pour statuer sur l'existence ou non d'une dette du Trésor public envers le Compte d'assurance-emploi, il faut analyser la nature du Trésor et du Compte, ainsi que le rapport qu'ils entretiennent entre eux. En d'autres termes, la conclusion selon laquelle le Trésor public serait endetté envers le Compte d'assurance-emploi suppose une qualification juridique particulière de leur relation. En somme, il incombe à notre Cour de déterminer si, juridiquement, il existe une dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi, en définitive si le moyen de droit fondamental des syndicats est bien fondé.

[41] In this respect, we are of the opinion that the Court's decision in *CSN v. Canada* is of no

[41] À ce propos, nous sommes d'avis que la décision de la Cour dans *CSN c. Canada* n'est d'aucun

assistance to the unions. On the contrary, it deprives their action of any reasonable chance of success. In that case, the Court stated that the Employment Insurance Account "does not constitute — as is the case of pension fund assets — a trust fund or patrimony by appropriation. It forms part of Canada's government accounting, and premiums form part of the government's revenues" (para. 74 (emphasis added)). As government revenues, the amounts collected as contributions to the employment insurance program can therefore be used for purposes other than paying benefits.

[42] In fact, no debt of the Consolidated Revenue Fund to the Employment Insurance Account ever existed. Like any legal or natural person, the government cannot be indebted to itself. It follows that any argument based on the existence of such a debt is bound to fail. The enactment of the *2010 Act* did not alter this factual and legal situation.

[43] Moreover, in *CSN v. Canada*, the Court held that the connection between the program and the premiums is a factor that can be considered in determining the *nature* of the levies. But it is wrong to say that the *validity* of these levies depends on the existence of that connection. As we stated in that case, the government can, lawfully, use employees' premiums for purposes other than financing the employment insurance program.

[44] Accordingly, even if we accept the unions' argument that the connection between premiums and the employment insurance program was broken by the decision not to transfer the balance from the former account to the new one, this does not mean that the validity of the levies was compromised.

V. Conclusion

[45] In our opinion, it is clear that the unions' action has no reasonable chance of success. On the basis of *stare decisis*, it is apparent that their main argument that the Consolidated Revenue Fund was indebted to the Employment Insurance Account is

secours pour les syndicats. Au contraire, ce jugement prive leur recours de toute chance raisonnable de succès. Dans cette affaire, notre Cour a affirmé que le Compte d'assurance-emploi « n'est pas un fonds fiduciaire ou un patrimoine d'affectation, comme dans le cas de l'actif d'un fonds de retraite. Il représente une partie de la comptabilité publique du Canada et les cotisations, une portion des recettes publiques de l'État » (par. 74 (nous soulignons)). En tant que recettes de l'État, les sommes recueillies au titre des cotisations à la Caisse d'assurance-emploi peuvent donc être utilisées à d'autres fins que le paiement de prestations.

[42] D'ailleurs, il n'a jamais existé de dette du Trésor envers le Compte d'assurance-emploi. Comme toute personne morale ou physique, l'État ne peut être endetté envers lui-même. Il s'ensuit que toute prétention fondée sur l'existence d'une telle dette est vouée à l'échec. L'adoption de la *Loi de 2010* ne change rien à cet état de fait et au droit.

[43] Par ailleurs, dans *CSN c. Canada*, notre Cour a décidé que le lien entre le régime et les cotisations est un élément dont on peut tenir compte afin d'établir la *nature* des prélèvements. Il est toutefois erroné d'affirmer que la *validité* de ces prélèvements dépend de l'existence de ce lien. Comme nous l'avons affirmé dans cette affaire, le gouvernement peut, légalement, utiliser les cotisations des travailleurs à d'autres fins que le financement du régime d'assurance-emploi.

[44] En conséquence, même si l'on tenait pour avérée la prétention des syndicats suivant laquelle le lien entre les cotisations et le régime d'assurance-emploi serait rompu par la décision de ne pas transférer le solde créditeur de l'ancien compte vers le nouveau, la validité des prélèvements ne serait pas mise en péril pour autant.

V. Conclusion

[45] À notre avis, il est manifeste que le recours des syndicats ne présente aucune possibilité raisonnable de succès. En application de la règle du *stare decisis*, il appert que leur argument principal voulant qu'il existe une dette du Trésor envers le

unfounded, and this conclusion dictates the outcome of the case. As a result, this Court's decision in *CSN v. Canada* provides a complete, certain and final solution to the entire dispute that the unions are trying to revive. Their action was therefore properly dismissed by Perrault J. under art. 165(4) *C.C.P.*

Compte d'assurance-emploi est sans fondement, et cette conclusion emporte le sort du litige. Dans ce contexte, notre arrêt dans l'affaire *CSN c. Canada* apporte une solution complète, certaine et définitive à l'ensemble du débat que tentent de faire revivre les syndicats. C'est donc à bon droit que leur demande a été déclarée irrecevable par la juge Perrault en application du par. 165(4) *C.p.c.*

[46] For these reasons, we would allow the appeal and restore the motion judge's judgment, with costs throughout.

[46] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Appeal allowed with costs throughout.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.

Solicitors for the respondent Confédération des syndicats nationaux: Roy Évangéliste avocats, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Confédération des syndicats nationaux : Roy Évangéliste avocats, Montréal.

Solicitors for the respondent Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec: Ouellet, Nadon & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec : Ouellet, Nadon & Associés, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jamie Kenneth Taylor *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Taylor

2014 SCC 50

File No.: 35609.

2014: April 23; 2014: July 18.

Present: Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed by police of his right to counsel — Accused informing police that he wished to speak to counsel — Police failing to facilitate contact with counsel at scene of accident and hospital — Blood drawn from accused at hospital without accused being able to consult counsel and used as basis for conviction — Whether police's failure to implement or facilitate access to counsel was in breach of accused's right to retain and instruct counsel without delay — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

The accused was arrested for impaired driving causing bodily harm when he lost control of his vehicle injuring three of his passengers. At the time of his arrest, he was informed of his *Charter* rights, including his right to counsel, and was asked whether he wanted to call a lawyer. The accused responded that he wanted to speak both to his father and to his lawyer. At no time was the accused given access to a phone while at the scene of the accident. As a precaution and in accordance with normal practice, the accused was taken by ambulance to the hospital for examination. At the hospital, a nurse took

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jamie Kenneth Taylor *Intimé*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Taylor

2014 CSC 50

N° du greffe : 35609.

2014 : 23 avril; 2014 : 18 juillet.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé informé par les policiers de son droit à l'assistance d'un avocat — Mention aux policiers par l'accusé de son désir de parler à un avocat — Omission par les policiers de faciliter la communication avec un avocat sur les lieux de l'accident et à l'hôpital — Du sang prélevé de l'accusé à l'hôpital sans que ce dernier ait été en mesure de consulter un avocat a ensuite été utilisé comme pièce à conviction — L'omission des policiers de donner à l'accusé accès à un avocat ou de faciliter cet accès a-t-elle entraîné la violation du droit de l'accusé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve en cause devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

L'accusé a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles lorsqu'il a perdu la maîtrise de son véhicule, blessant de ce fait trois de ses passagers. Au moment de son arrestation, il a été informé des droits que lui garantit la *Charte*, notamment de son droit à l'assistance d'un avocat, et on lui a demandé s'il voulait en appeler un. L'accusé a répondu qu'il voulait parler à son père ainsi qu'à son avocat. À aucun moment l'accusé ne s'est vu donner accès à un téléphone pendant qu'il se trouvait sur les lieux de l'accident. Par souci de précaution et conformément à la pratique normale,

five vials of blood from the accused. The police later demanded and obtained a second set of samples of the accused's blood for investigative purposes. At no point during the accused's time in hospital did the police attempt to provide him with an opportunity to speak to his lawyer or determine whether such an opportunity was even logistically or medically feasible. The police successfully applied for a warrant to seize the first vials of blood the hospital took from the accused. The trial judge agreed with the Crown that the second set of blood samples were taken in violation of the accused's s. 10(*b*) rights, but found that there was no breach of the accused's s. 10(*b*) rights prior to the first samples being taken. This was based on the trial judge's assumption that where an accused is awaiting or receiving medical treatment, there is no reasonable opportunity to provide private access to the accused to a telephone to implement his right to instruct counsel. The first set of blood samples were admitted at trial. On the basis of this evidence, the accused was convicted of three counts of impaired driving causing bodily harm. A majority in the Court of Appeal allowed the appeal, finding that the trial judge erred when he concluded that there was no reasonable opportunity to facilitate access to a lawyer prior to the taking of these blood samples. The evidence was excluded, the conviction set aside, and an acquittal entered.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(*b*) of the *Charter* provides that everyone has the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. The purpose of the s. 10(*b*) *Charter* right is to allow an arrested or detained individual not only to be informed of his other rights and obligations under the law but also to obtain advice as to how to exercise those rights. Access to legal advice ensures that an individual who is under control of the state and in a situation of legal jeopardy is able to make a free and informed choice whether to cooperate with the police. The duty to inform a detained person of his or her right to counsel arises immediately upon arrest or detention and the duty to facilitate access to a lawyer, in turn, arises immediately upon the detainee's request to speak to counsel. The arresting officer is therefore under a constitutional obligation to facilitate the requested access to a lawyer at the first reasonably available opportunity. Until the requested access

l'accusé a été transporté à l'hôpital en ambulance afin d'y être examiné. À l'hôpital, une infirmière a prélevé cinq fioles de sang de l'accusé. Les policiers ont par la suite demandé et obtenu une deuxième série d'échantillons du sang de l'accusé aux fins d'enquête. À aucun moment durant le temps qu'a passé l'accusé à l'hôpital, les policiers n'ont tenté de lui donner la possibilité de parler à son avocat ou de voir si cela était même faisable sur le plan logistique ou médical. Les policiers ont demandé avec succès la délivrance d'un mandat autorisant la saisie des cinq premières fioles contenant le sang prélevé de l'accusé par l'hôpital. Le juge du procès a conclu, point qu'avait d'ailleurs concédé le ministère public, que la deuxième série d'échantillons de sang avait été prélevée en violation de l'al. 10*b*), mais il a statué qu'il n'y avait pas eu violation de ces mêmes droits avant le prélèvement des premiers échantillons. Le juge du procès a tiré cette conclusion en supposant que, lorsqu'un accusé attend de recevoir ou reçoit des soins médicaux, il n'y a aucune possibilité raisonnable de lui fournir accès privément à un téléphone afin de donner effet à son droit à l'assistance d'un avocat. La première série d'échantillons de sang a été admise en preuve au procès. Sur la foi de ces éléments de preuve, l'accusé a été déclaré coupable de trois chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles. La Cour d'appel a accueilli l'appel à la majorité, statuant que le juge du procès avait commis une erreur en concluant qu'il n'y avait eu aucune possibilité raisonnable de faciliter l'accès à un avocat avant le prélèvement des premiers échantillons de sang. Les éléments de preuve ont été écartés, la déclaration de culpabilité a été annulée et un verdict d'acquittement a été inscrit.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Aux termes de l'al. 10*b*) de la *Charte*, chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Cette disposition a pour objet de permettre à la personne détenue ou arrêtée non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits. L'accès à des conseils juridiques fait en sorte qu'une personne qui se trouve sous le contrôle de l'État et encourt un risque juridique soit en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de coopérer ou non avec les policiers. L'obligation d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat prend naissance immédiatement après l'arrestation ou la mise en détention, et celle de faciliter l'accès à un avocat prend pour sa part naissance immédiatement après que le détenu a demandé à parler à un avocat. Le policier qui procède à l'arrestation a donc

to counsel is provided, it is uncontroversial that there is an obligation on the police to refrain from taking further investigative steps to elicit evidence.

l'obligation constitutionnelle de faciliter à la première occasion raisonnable l'accès demandé à l'assistance d'un avocat. Nul ne conteste que, tant que l'accès à un avocat qui est demandé n'a pas été fourni, les policiers doivent s'abstenir de prendre d'autres mesures d'investigation en vue de soutirer des éléments de preuve à l'intéressé.

While the police are under no legal duty to provide their own cell phone to an arrested or detained individual, they nonetheless have a duty both to provide phone access at the first reasonable opportunity to avoid self-incrimination and to refrain from eliciting evidence from the individual before access to counsel has been facilitated. While s. 10(*b*) of the *Charter* does not create a right to use a specific phone, it does guarantee that the individual will have access to a phone to exercise his right to counsel. The burden is on the Crown to show that a given delay was reasonable in the circumstances.

Bien que les policiers ne soient pas légalement tenus de fournir leur propre téléphone cellulaire à une personne arrêtée ou détenue, ils ont néanmoins l'obligation de donner à une telle personne accès à un téléphone à la première occasion raisonnable afin de réduire le risque d'auto-incrimination, ainsi que l'obligation de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'ils ne lui ont pas facilité l'accès à un avocat. L'alinéa 10*b*) ne crée pas le droit d'utiliser un téléphone précis, mais il garantit effectivement à l'intéressé l'accès à un téléphone pour qu'il puisse exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Il incombe au ministère public de démontrer qu'un délai donné était raisonnable dans les circonstances.

An individual who enters a hospital to receive medical treatment is not in a *Charter*-free zone. Where the individual has requested access to counsel and is in custody at the hospital, the police have an obligation under s. 10(*b*) to take steps to ascertain whether private access to a phone is in fact available. In this case, one of the police officers admitted that at the hospital, he made a mistake and that he would have and could have given the accused the requested access if he had remembered to do so. Once at the hospital, it was 20 to 30 minutes before the hospital took any blood from the accused, more than enough time for the police to make inquiries as to whether a phone was available or a phone call medically feasible. At no point did the police even turn their minds to the obligation to provide access.

La personne qui entre dans un l'hôpital pour y recevoir des soins médicaux ne se trouve pas dans une zone sans *Charte*. Lorsqu'une personne a demandé à avoir accès à un avocat et qu'elle est sous garde à l'hôpital, les policiers sont tenus par l'al. 10*b*) de prendre des mesures pour vérifier s'il est dans les faits possible à cette personne d'avoir accès privément à un téléphone. En l'espèce, un des policiers a admis qu'il avait commis une erreur à l'hôpital et qu'il aurait donné à l'accusé — et aurait pu lui donner — l'accès que demandait celui-ci s'il s'était souvenu de le faire. Une fois l'accusé arrivé à l'hôpital, il s'est écoulé de 20 à 30 minutes avant que le personnel de l'hôpital prélève du sang de celui-ci, soit plus de temps qu'il n'en fallait aux policiers pour demander si un téléphone était disponible ou si l'accusé était médicalement apte à faire un appel téléphonique. À aucun moment les policiers n'ont songé à l'obligation de donner accès à l'assistance d'un avocat.

This is a case not so much about delay in facilitating access, but about its complete denial. This ongoing failure cannot be characterized as reasonable. Constitutional rights cannot be displaced by assumptions of impracticality. Barriers to access must be proven, not assumed, and proactive steps are required to turn the *right* to counsel into *access* to counsel. The accused's s. 10(*b*) rights were clearly violated. The seriousness of the *Charter* breach and the impact of the police conduct on the accused's interests warrant the exclusion of the evidence.

La présente affaire ne porte pas tant sur le temps mis à faciliter l'accès à un avocat que sur le déni complet de cet accès. L'omission persistante de donner accès ne peut être qualifiée de raisonnable. Des droits constitutionnels ne sauraient être écartés sur la base de suppositions d'impossibilité pratique. L'existence d'obstacles à l'accès doit être prouvée — et non pas supposée —, et des mesures proactives sont requises pour que le *droit* à un avocat se concrétise en *accès* à un avocat. Les droits garantis à l'accusé par l'al. 10*b*) ont été manifestement violés. La gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de la conduite des policiers sur les intérêts de l'accusé justifient l'exclusion des éléments de preuve.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Luong*, 2000 ABCA 301, 271 A.R. 368; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Slatter JJ.A.), 2013 ABCA 342, 87 Alta. L.R. (5th) 114, 561 A.R. 103, 594 W.A.C. 103, [2014] 1 W.W.R. 352, 302 C.C.C. (3d) 181, 7 C.R. (7th) 165, 293 C.R.R. (2d) 69, 54 M.V.R. (6th) 190, [2013] A.J. No. 1079 (QL), 2013 CarswellAlta 1933, setting aside the accused's convictions for impaired driving causing bodily harm. Appeal dismissed.

Jason R. Russell, for the appellant.

Patrick C. Fagan, *Q.C.*, and *Kaysi Fagan*, for the respondent.

Nick Devlin and *Jennifer Conroy*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Frank Au, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David S. Rose, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — This is a case about the police informing an individual about his right to counsel as soon as he was arrested, then promptly forgetting to implement it throughout his detention, including

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Luong*, 2000 ABCA 301, 271 A.R. 368; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Slatter), 2013 ABCA 342, 87 Alta. L.R. (5th) 114, 561 A.R. 103, 594 W.A.C. 103, [2014] 1 W.W.R. 352, 302 C.C.C. (3d) 181, 7 C.R. (7th) 165, 293 C.R.R. (2d) 69, 54 M.V.R. (6th) 190, [2013] A.J. No. 1079 (QL), 2013 CarswellAlta 1933, qui a annulé les déclarations de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jason R. Russell, pour l'appelante.

Patrick C. Fagan, *c.r.*, et *Kaysi Fagan*, pour l'intimé.

Nick Devlin et *Jennifer Conroy*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Frank Au, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

David S. Rose, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Il s'agit en l'espèce d'une affaire où, dès que l'intéressé a été mis en état d'arrestation, les policiers l'ont informé de son droit à l'assistance d'un avocat, puis ont promptement

during his stay in a hospital. While he was at the hospital, blood samples were taken which were used as evidence at trial to convict him of impaired driving causing bodily harm.

oublié de donner effet à ce droit pendant tout le temps où l'intéressé a été détenu, y compris durant son séjour à l'hôpital. Pendant que ce dernier se trouvait à l'hôpital, on a prélevé sur lui des échantillons de sang qui ont été utilisés comme éléments de preuve à son procès, au terme duquel il a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles.

[2] Section 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees that detained or arrested individuals have the right to retain and instruct counsel without delay. In *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, this Court recognized that this imposes a corresponding duty on the police to ensure that individuals are given a reasonable opportunity to exercise the right. This appeal is about the scope of that duty when a detained individual is receiving medical treatment. The question before us is whether the police's failure to take any steps to implement or facilitate access to counsel is a breach of s. 10(*b*) in the circumstances. In my view, it is and the evidence should be excluded.

[2] L'alinéa 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chacun le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, notre Cour a reconnu que cette disposition impose aux policiers l'obligation correspondante de veiller à ce que l'intéressé se voie donner une possibilité raisonnable d'exercer ce droit. Le présent pourvoi porte sur l'étendue de cette obligation dans les cas où la personne détenue reçoit des soins médicaux. La question dont nous sommes saisis consiste à décider si l'omission de la police de prendre quelque mesure que ce soit pour donner accès à un avocat ou pour faciliter cet accès a constitué, dans les circonstances, une violation de l'al. 10*b*). Je suis d'avis que c'est le cas et qu'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve en cause.

Background

[3] On April 13, 2008, Jamie Kenneth Taylor was driving a four-door pickup truck in the early hours of the morning with four passengers after attending a social event in Cochrane, Alberta. He was driving at high speed. Shortly before 1:25 a.m., he lost control while attempting a right turn. The truck hit a street lamp and rolled over several times. Three of his passengers were injured.

[4] Cst. Douglas MacGillivray arrived at the scene of the accident at 1:31 a.m. Emergency medical personnel were there when he arrived, along with several bystanders. One bystander identified Mr. Taylor as the driver of the vehicle. While speaking to Mr. Taylor, Cst. MacGillivray noted that he showed some signs of impairment. Because he had been told that one of the passengers had not survived the accident, Cst. MacGillivray

Historique

[3] Au petit matin du 13 avril 2008, alors qu'il revenait d'une activité sociale qui s'était déroulée à Cochrane en Alberta, Jamie Kenneth Taylor conduisait une camionnette quatre portes dans laquelle prenaient place quatre passagers. Il roulait à grande vitesse. Peu avant 1 h 25, il a perdu la maîtrise de son véhicule en tentant d'effectuer un virage à droite. La camionnette a heurté un réverbère et a fait plusieurs tonneaux. Trois des passagers ont été blessés.

[4] L'agent Douglas MacGillivray est arrivé sur les lieux de l'accident à 1 h 31. Du personnel médical d'urgence ainsi que de nombreux spectateurs se trouvaient déjà sur les lieux lorsqu'il est arrivé. Un spectateur a identifié M. Taylor comme étant le conducteur. Pendant qu'il parlait à M. Taylor, l'agent MacGillivray a constaté que ce dernier présentait certains indices d'affaiblissement des facultés. Comme quelqu'un lui avait dit que l'un des

arrested Mr. Taylor at 1:41 a.m. for impaired driving causing death. Soon afterwards, he learned that there were in fact no fatalities so the charge was modified to impaired driving causing bodily harm.

passagers n'avait pas survécu à l'accident, l'agent MacGillivray a arrêté M. Taylor à 1 h 41 pour conduite avec facultés affaiblies causant la mort. Peu après, toutefois, il a appris qu'en fait personne n'était décédé et l'accusation a en conséquence été remplacée par celle de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles.

[5] After arresting Mr. Taylor, Cst. MacGillivray put him in the back of his police cruiser. At 1:43 a.m., he informed him of his *Charter* rights, including his right to counsel, and asked whether he wanted to call a lawyer. Mr. Taylor said he wanted to speak to both his father and to his lawyer, Patrick Fagan.

[5] Après avoir arrêté M. Taylor, l'agent MacGillivray lui a fait prendre place à l'arrière de sa voiture de patrouille. À 1 h 43, il l'a informé des droits que lui garantit la *Charte*, notamment de son droit à l'assistance d'un avocat, et il lui a demandé s'il voulait en appeler un. Monsieur Taylor a répondu qu'il voulait parler à son père ainsi qu'à son avocat, Patrick Fagan.

[6] Mr. Taylor was then assessed by a paramedic in the back of the police car. He was taken into an ambulance for further examination at 2:13 a.m. At first, he was unwilling to cooperate with the paramedic, but when the paramedic explained that the interview and physical examination were for the purpose of patient care, Mr. Taylor became cooperative and forthcoming, telling the paramedic that he had been drinking that night.

[6] Monsieur Taylor a ensuite été évalué par un ambulancier paramédical à l'arrière de la voiture patrouille. À 2 h 13, il a été emmené dans une ambulance afin de subir d'autres examens. Au début, il ne voulait pas collaborer avec l'ambulancier paramédical, mais lorsque celui-ci lui a expliqué que ses questions et l'examen physique visaient des fins médicales, M. Taylor est devenu coopératif et ouvert, et il a dit à l'ambulancier qu'il avait bu au cours de la soirée.

[7] The paramedic concluded that there was nothing wrong with Mr. Taylor's physical condition, but as a precaution and in accordance with normal practice, he persuaded Mr. Taylor to be taken by ambulance to the hospital for examination by a physician. The ambulance left the accident scene at 2:19 a.m. and arrived at the hospital at 2:43 a.m.

[7] L'ambulancier paramédical a conclu que l'état physique de M. Taylor ne présentait rien d'anormal, mais, par souci de précaution et conformément à la pratique normale, il a persuadé M. Taylor de se laisser transporter à l'hôpital en ambulance afin d'y être examiné par un médecin. L'ambulance a quitté les lieux de l'accident à 2 h 19 et est arrivée à l'hôpital à 2 h 43.

[8] At no time was Mr. Taylor given access to a phone while at the scene of the accident. Cst. MacGillivray testified that he did not think about giving Mr. Taylor access to a phone there, and that "it was a fault that I made in that it didn't happen" at the scene of the accident. He also said that providing access to a telephone in the back of a police car was "not a practice we normally do. . . . [T]he practice that we normally do, we transport to the detachment. They sit in a room where they have the room to themselves and a list of phone numbers . . . . And so, with the practice of not allowing an

[8] À aucun moment M. Taylor ne s'est vu donner accès à un téléphone pendant qu'il se trouvait sur les lieux de l'accident. L'agent MacGillivray a témoigné qu'il n'avait pas pensé à donner à M. Taylor accès à un téléphone à cet endroit, et a déclaré : [TRADUCTION] « . . . c'était une faute de ma part si cela ne s'est pas fait » sur les lieux de l'accident. Il a également dit que donner accès à un téléphone à une personne sur la banquette arrière d'une voiture patrouille « n'est pas une pratique que nous suivons normalement. [. . .] [C]onformément à la pratique que nous suivons normalement, nous

accused to use a phone in a police car, that's what I was going with." Constable Elizabeth-Anne MacNamara, who was at the scene of the accident, gave similar evidence about police practices at roadside.

amenons la personne au poste. Elle est assise seule dans une pièce où elle a accès à une liste de numéros de téléphone [. . .] Et par conséquent, vu la pratique consistant à ne pas autoriser un accusé à utiliser un téléphone dans un véhicule de police, c'est ce que je faisais. » L'agente Elizabeth-Anne MacNamara, qui se trouvait sur les lieux de l'accident, a témoigné de façon similaire à propos des pratiques suivies par les policiers en bord de route.

[9] After the ambulance left, Cst. MacGillivray made a note to remind himself to give Mr. Taylor the opportunity to speak to his lawyer at the hospital.

[9] Après le départ de l'ambulance, l'agent MacGillivray a rédigé une note afin de se souvenir de donner à M. Taylor la possibilité de parler à son avocat lorsqu'il serait à l'hôpital.

[10] After being admitted, Mr. Taylor waited on a stretcher in a hallway of the hospital until shortly after 3 a.m., when he was moved to a bed in a curtained area and examined by a nurse and doctor. Cst. MacGillivray was present during his medical examination. Cst. MacNamara was also present and taking notes. She was there to observe and maintain continuity of any blood samples that were taken.

[10] Une fois la procédure d'admission complétée, M. Taylor a attendu sur une civière dans un couloir jusqu'à peu après 3 h, puis on l'a installé dans un lit, dans une aire fermée par des rideaux, où il a été examiné par une infirmière et un médecin. L'agent MacGillivray était présent lors de l'examen médical. L'agente MacNamara y assistait elle aussi et prenait des notes. Elle était présente pour observer le prélèvement d'échantillons sanguins et contrôler la chaîne de possession de ceux-ci.

[11] A nurse took five vials of blood from Mr. Taylor between 3:05 a.m. and 3:12 a.m. Mr. Taylor's name and a patient number were recorded on each of the vials. Both Cst. MacGillivray and Cst. MacNamara observed the procedure, and Cst. MacNamara tracked the blood until it was delivered to the hospital lab for analysis.

[11] Une infirmière a prélevé cinq fioles de sang de M. Taylor entre 3 h 05 et 3 h 12. Le nom de ce dernier et son numéro de patient ont été inscrits sur chacune des fioles. L'agent MacGillivray et l'agente MacNamara ont tous les deux observé le déroulement de cette procédure et la seconde a suivi les échantillons de sang jusqu'à leur dépôt au laboratoire de l'hôpital pour analyse.

[12] Immediately after the blood was taken, Cst. MacGillivray asked the nurse whether Mr. Taylor would be able to leave the hospital in order to give a breath sample at the police station. When he learned from the nurse at 3:13 a.m. that she did not know when Mr. Taylor would be released, Cst. MacGillivray decided to issue a blood demand to Mr. Taylor. The blood samples were taken by a doctor at 4:53 a.m. Cst. MacGillivray left the hospital at 5:36 a.m. with this second set of blood samples.

[12] Immédiatement après les prélèvements sanguins, l'agent MacGillivray a demandé à l'infirmière si M. Taylor était en mesure de quitter l'hôpital afin de donner un échantillon d'haleine au poste de police. Lorsque, à 3 h 13, il a été informé par celle-ci qu'elle ne savait pas quand M. Taylor obtiendrait son congé, l'agent MacGillivray a décidé d'ordonner à celui-ci de fournir des échantillons de sang. Les échantillons ont été prélevés par un médecin à 4 h 53. L'agent MacGillivray a quitté l'hôpital à 5 h 36, muni de cette deuxième série d'échantillons sanguins.

[13] At no point during Mr. Taylor's time in the hospital did Cst. MacGillivray or Cst. MacNamara attempt to provide Mr. Taylor with an opportunity to speak to his lawyer or determine whether such an opportunity was even logistically or medically feasible. Cst. MacNamara testified that since her only purpose at the hospital was to assist in the tracking of the blood, she took no steps to inquire whether Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights had been complied with.

[14] Cst. MacGillivray gave the following explanation for why Mr. Taylor was not provided access to a lawyer at the hospital:

A . . . I didn't think of it. At the time we were in a hospital hallway. I was just watching him. And I didn't think to put a phone to his ear. That's all I can say. It was a -- it was a rookie mistake I guess . . . .

. . .

Q And, just so we are clear, at no time did you undertake any effort to bring a phone to him?

A No, I did not.

. . .

Q Why didn't you let him use your cell phone when he was laying there on the stretcher at the hospital to call a lawyer?

A I have no explanation. I just didn't.

. . .

Q I take it if you had to do it all over again, you would have done it differently?

A Oh, yes.

Q You would have given Mr. Taylor an opportunity to consult with a lawyer before those five vials of blood were taken from him, at approximately 3:10 a.m., right?

[13] À aucun moment durant le temps qu'a passé M. Taylor à l'hôpital, les agents MacGillivray et MacNamara n'ont tenté de lui donner la possibilité de parler à son avocat ou de voir si cela était même faisable sur le plan logistique ou médical. L'agente MacNamara a témoigné que, comme son seul rôle à l'hôpital était d'aider au suivi des échantillons de sang, elle n'a pris aucune mesure afin de vérifier si les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10*b*) avaient été respectés.

[14] L'agent MacGillivray a expliqué ainsi les raisons pour lesquelles M. Taylor ne s'est pas vu donner accès à l'assistance d'un avocat pendant qu'il était à l'hôpital :

[TRADUCTION]

R . . . Je n'y ai pas pensé. Nous nous trouvions à ce moment-là dans un couloir d'hôpital. Je ne faisais que le surveiller. Et je n'ai pas songé à lui mettre un téléphone sur l'oreille. C'est tout ce que je peux dire. C'était -- c'était une erreur de débutant j'imagine . . .

. . .

Q Et, pour que les choses soient claires, vous n'avez à aucun moment déployé d'effort pour lui apporter un téléphone?

R Non, je n'ai rien fait.

. . .

Q Pourquoi ne lui avez-vous pas laissé utiliser votre téléphone cellulaire pour appeler un avocat quand il était étendu sur la civière à l'hôpital?

R Je n'ai pas d'explication. Je ne l'ai tout simplement pas fait.

. . .

Q Je suppose que si c'était à refaire, vous auriez agi différemment?

R Oh, oui.

Q Vous auriez donné à M. Taylor la possibilité de consulter un avocat avant que ces cinq fioles de sang ne soient prélevées de lui, aux environs de 3 h 10, n'est-ce pas?

A I obviously would have, yes.

He said he did not realize his mistake until days later.

[15] The next day, April 14, Cst. MacGillivray applied for a warrant to seize the first five vials of blood the hospital took from Mr. Taylor. A warrant issued on April 17. On April 18, Cst. MacGillivray took this blood from the hospital. The analysis of both sets of blood samples indicated that at the time of the accident, Mr. Taylor had more alcohol in his blood than was lawfully permitted.

[16] The Crown conceded at trial that there was a breach of s. 10(*b*) with respect to the second set of blood samples taken at 4:53 a.m. because the police had failed to give Mr. Taylor an opportunity to speak with his lawyer prior to making the demand. The Crown relied instead on the analysis of the first set of blood samples which were taken by the hospital 20 to 30 minutes after Mr. Taylor had arrived at the hospital.

[17] The trial judge made a number of unequivocal findings confirming that the police did not at any time provide access to a phone at the hospital despite Mr. Taylor's stable condition:

- "The Accused 'was well ambulatory with no neural deficits'. [His] speech was fine, he was alert, there was no slurring or impediments to his speech and he answered questions appropriately."
- ". . . at no time during the detainment was the request of the detainee [for counsel] honoured by the [police]."
- "[Taylor] was not provided an opportunity to exercise his right to counsel at any point during the course of his detention . . . ."
- ". . . no telephone was provided to the Accused at the scene of the accident."

R Je l'aurais évidemment fait, oui.

L'agent MacGillivray a dit que ce n'est que quelques jours plus tard qu'il a pris conscience de son erreur.

[15] Le lendemain, le 14 avril, l'agent MacGillivray a sollicité un mandat autorisant la saisie des cinq premières fioles contenant le sang prélevé de M. Taylor par l'hôpital. Un mandat a été délivré le 17 avril. Le 18 avril, l'agent MacGillivray est allé chercher ce sang à l'hôpital. L'analyse des deux séries d'échantillons sanguins a révélé que, au moment de l'accident, M. Taylor avait un taux d'alcoolémie plus élevé que celui permis par la loi.

[16] Au procès, le ministère public a concédé qu'il y avait eu violation de l'al. 10*b*) en ce qui a trait à la deuxième série d'échantillons sanguins prélevés à 4 h 53, parce que les policiers n'avaient pas donné à M. Taylor la possibilité de parler à son avocat avant de lui donner l'ordre de fournir ces échantillons. Le ministère public s'est plutôt fondé sur l'analyse de la première série d'échantillons de sang prélevés par l'hôpital 20 à 30 minutes après l'arrivée de M. Taylor à cet endroit.

[17] Le juge du procès a tiré plusieurs conclusions non équivoques confirmant que les policiers n'avaient à aucun moment donné à M. Taylor accès à un téléphone à l'hôpital, malgré le fait que ce dernier était dans un état stable :

[TRADUCTION]

- « L'accusé "était à même de se mouvoir et ne souffrait d'aucun déficit neurologique". [Il] s'exprimait normalement, il était alerte, il n'avait pas de difficulté ou de problème à articuler et il répondait aux questions de manière appropriée. »
- « . . . à aucun moment durant la détention les [policiers] n'ont donné suite à la demande du détenu [de consulter un avocat]. »
- « [M. Taylor] ne s'est vu donner la possibilité d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat à aucun moment au cours de sa détention . . . »
- « . . . aucun téléphone n'a été fourni à l'accusé sur les lieux de l'accident. »

- "At no time while the Accused was at the hospital did either of the police officers take any steps towards affording the Accused the opportunity to speak to counsel."
- Cst. MacGillivray acknowledged that he "made a mistake", that "there was a lot going on at the hospital", and that he "did not think to put his cell phone to the Accused's ear, or obtain a phone number for him".
- Since Mr. Taylor "was not [Cst. MacNamara's] responsibility . . . she did not direct her mind" towards his right to counsel. She did not take "any steps to facilitate a telephone call for the accused".

[18] The trial judge agreed with the Crown that there was a s. 10(*b*) breach when Cst. MacGillivray made a demand for the second set of blood samples without "implement[ing] [Mr. Taylor's] right to counsel", but concluded that there was no breach of Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights prior to the first set of blood samples being taken. He also found that no phone needed to be provided at the accident scene. As for the hospital, he assumed that where an accused "is awaiting or receiving emergency medical treatment, there is no reasonable opportunity to provide private access to the accused to a telephone to implement his right to instruct counsel". The first set of blood samples were accordingly admitted into evidence. On the basis of this evidence, Mr. Taylor was convicted of three counts of impaired driving causing bodily harm.

[19] A majority in the Court of Appeal allowed the appeal, finding that the trial judge erred when he concluded that there was no reasonable opportunity to facilitate access to a lawyer prior to the taking of the first set of blood samples. In its view, Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights were violated, and this resulted in Mr. Taylor's "inability to exercise a meaningful and informed choice as to whether he should or should not consent" to the taking of blood samples by the hospital. The evidence was excluded, the conviction set aside, and an acquittal

- « À aucun moment pendant que l'accusé se trouvait à l'hôpital, l'un ou l'autre des policiers n'a pris quelque mesure que ce soit afin de donner à l'accusé la possibilité de parler à un avocat. »
- L'agent MacGillivray a reconnu qu'il « a commis une erreur », qu'« il y avait beaucoup d'activité à l'hôpital » et qu'il « n'avait pas pensé à mettre son téléphone portable sur l'oreille de l'accusé ou à obtenir un numéro de téléphone pour lui ».
- Comme M. Taylor « n'était pas sous la responsabilité de [l'agente MacNamara] [. . .] elle ne s'est pas attardée » au droit de celui-ci à l'assistance d'un avocat. Elle n'a pris « aucune mesure pour faciliter un appel téléphonique par l'accusé ».

[18] Le juge de première instance a conclu, point qu'avait d'ailleurs concédé le ministère public, qu'il y avait eu violation de l'al. 10*b*) lorsque l'agent MacGillivray avait ordonné le prélèvement d'une deuxième série d'échantillons de sang sans [TRADUCTION] « donner effet au droit [de M. Taylor] à l'assistance d'un avocat », mais il a statué qu'il n'y avait pas eu violation de ce droit avant le prélèvement de la première série d'échantillons. Il a également conclu qu'il n'était pas nécessaire de fournir un téléphone sur les lieux de l'accident. Pour ce qui est de l'hôpital, il est parti du principe que, lorsqu'un accusé « attend de recevoir ou reçoit des soins médicaux d'urgence, il n'y a aucune possibilité raisonnable de lui fournir accès privément à un téléphone afin de donner effet à son droit à l'assistance d'un avocat ». La première série d'échantillons de sang a en conséquence été admise en preuve. Sur la foi de ces éléments de preuve, M. Taylor a été déclaré coupable de trois chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles.

[19] La Cour d'appel a, à la majorité, accueilli l'appel, statuant que le juge du procès avait commis une erreur en concluant qu'il n'y avait eu aucune possibilité raisonnable de faciliter l'accès à un avocat avant le prélèvement des premiers échantillons de sang. De l'avis de la Cour d'appel, les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10*b*) ont été violés, ce qui a eu pour conséquence que ce dernier [TRADUCTION] « n'a pas été en mesure de décider de manière utile et éclairée s'il devait consentir ou non » au prélèvement des échantillons sanguins par

entered. I agree with the majority of the Court of Appeal's conclusion.

Analysis

[20] Section 10 of the *Charter* states:

> **10.** Everyone has the right on arrest or detention
>
> (*a*) to be informed promptly of the reasons therefor;
>
> (*b*) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
>
> (*c*) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

This appeal engages s. 10(*b*). The issue is whether the police complied with the duty to facilitate Mr. Taylor's request to speak to counsel "without delay".

[21] The purpose of the s. 10(*b*) right is "to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights": *Manninen*, at pp. 1242-43. The right to retain and instruct counsel is also "meant to assist detainees regain their liberty, and guard against the risk of involuntary self-incrimination": *R. v. Suberu*, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 40. Access to legal advice ensures that an individual who is under control of the state and in a situation of legal jeopardy "is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed": *R. v. Sinclair*, [2010] 2 S.C.R. 310, at para. 25.

[22] In *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, Lamer C.J. explained why the right to counsel must be facilitated "without delay":

> This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not

l'hôpital. Les éléments de preuve ont été écartés, la déclaration de culpabilité a été annulée et un verdict d'acquittement a été inscrit. Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel.

Analyse

[20] L'article 10 de la *Charte* énonce ce qui suit :

> **10.** Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :
>
> *a*) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
>
> *b*) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
>
> *c*) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

Le présent pourvoi fait intervenir l'al. 10*b*). Il s'agit de décider si les policiers se sont acquittés de leur obligation d'aider M. Taylor à parler à un avocat « sans délai », comme il le demandait.

[21] L'alinéa 10*b*) a pour objet « de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits » : *Manninen*, p. 1242-1243. Le droit à l'assistance d'un avocat « vise [. . .] à aider les détenus à recouvrer leur liberté et à les protéger contre le risque qu'ils s'incriminent involontairement » : *R. c. Suberu*, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 40. L'accès à des conseils juridiques fait en sorte qu'une personne qui se trouve sous le contrôle de l'État et encourt un risque juridique « [est] en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police » : *R. c. Sinclair*, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 25.

[22] Dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, le juge en chef Lamer a expliqué pourquoi l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat doit être facilité « sans délai » :

> Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, [une personne] est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle

only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in *immediate need of legal advice* in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty . . . . Under s. 10(*b*), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice "without delay" and upon request. . . . [T]he right to counsel protected by s. 10(*b*) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process. [Emphasis added; p. 191.]

[23] He also confirmed the three corresponding duties set out in *Manninen* which are imposed on police who arrest or detain an individual:

> (1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;
>
> (2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and
>
> (3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

(*Bartle*, at p. 192, citing *Manninen*, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203-4.)

[24] The duty to inform a detained person of his or her right to counsel arises "immediately" upon arrest or detention (*Suberu*, at paras. 41-42), and the duty to facilitate access to a lawyer, in turn, arises immediately upon the detainee's request to speak to counsel. The arresting officer is therefore under a constitutional obligation to facilitate the requested access to a lawyer at the first reasonably available opportunity. The burden is on the Crown to show that a given delay was reasonable in the circumstances (*R. v. Luong* (2000), 271 A.R. 368, at para. 12 (C.A.)). Whether a delay in facilitating access to counsel is reasonable is a factual inquiry.

a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne « détenue » au sens de l'art. 10 de la *Charte* a *immédiatement besoin de conseils juridiques*, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté [. . .] L'alinéa 10*b*) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l'assistance d'un avocat « sans délai » et sur demande. [. . .] [L]e droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues. [Italique ajouté; p. 191.]

[23] Il a également confirmé les trois obligations correspondantes qui ont été énoncées dans l'arrêt *Manninen* et s'imposent aux policiers qui arrêtent une personne ou la détiennent :

> (1) informer la personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'avocats de garde;
>
> (2) si la personne détenue a indiqué qu'elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d'urgence ou de danger);
>
> (3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger).

(*Bartle*, p. 192, citant *Manninen*, p. 1241-1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, p. 890; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 203-204.)

[24] L'obligation d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat prend naissance « immédiatement » après l'arrestation ou la mise en détention (*Suberu*, par. 41-42), et celle de faciliter l'accès à un avocat prend pour sa part naissance immédiatement après que le détenu a demandé à parler à un avocat. Le policier qui procède à l'arrestation a donc l'obligation constitutionnelle de faciliter à la première occasion raisonnable l'accès à un avocat qui est demandé. Il incombe au ministère public de démontrer qu'un délai donné était raisonnable dans les circonstances (*R. c. Luong* (2000), 271 A.R. 368, par. 12 (C.A.)). La question de savoir si le délai qui s'est écoulé avant que l'on facilite l'accès à un avocat était raisonnable est une question de fait.

[25] This means that to give effect to the right to counsel, the police must inform detainees of their s. 10(*b*) rights *and* facilitate access to those rights where requested, both without delay. This includes "allowing [the detainee] upon his request to use the telephone for that purpose if one is available" (*Manninen*, at p. 1242). And all this because the detainee is in the control of the police and cannot exercise his right to counsel unless the police give him a reasonable opportunity to do so (see *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, at pp. 952-53).

[26] Until the requested access to counsel is provided, it is uncontroversial that there is an obligation on the police to refrain from taking further investigative steps to elicit evidence (*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at p. 269).

[27] The majority in the Court of Appeal was of the view that in light of Cst. MacGillivray's acknowledgement that he could have provided his own cell phone, the "'mistake' in failing to provide it" gave rise to a breach of s. 10(*b*). The Crown takes issue with this finding, and I agree that in light of privacy and safety issues, the police are under no legal duty to provide their own cell phone to a detained individual.

[28] But the police nonetheless have both a duty to provide phone access as soon as practicable to reduce the possibility of accidental self-incrimination and to refrain from eliciting evidence from the individual before access to counsel has been facilitated. While s. 10(*b*) does not create a "right" to use a specific phone, it *does* guarantee that the individual will have access to a phone to exercise his right to counsel at the *first* reasonable opportunity.

[29] As the trial judge found, Cst. MacGillivray admitted that at the hospital, he made a "mistake"

[25] Il s'ensuit que, pour donner effet au droit à l'assistance d'un avocat, la police doit, sans délai dans les deux cas, informer les détenus des droits que leur garantit l'al. 10*b*) *et* faciliter l'exercice de ces droits sur demande en ce sens. Cela signifie notamment qu'« à la demande [du détenu], on doit lui permettre d'utiliser le téléphone à cette fin s'il en est un de disponible » (*Manninen*, p. 1242). Tout cela parce que le détenu est sous le contrôle des policiers et ne peut exercer son droit de recourir à l'assistance d'un avocat que si ceux-ci lui donnent une possibilité raisonnable de le faire (voir *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, p. 952-953).

[26] Nul ne conteste que, tant que l'accès à un avocat qui est demandé n'a pas été fourni, les policiers doivent s'abstenir de prendre d'autres mesures d'investigation en vue de soutirer des éléments de preuve au détenu (*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, p. 12; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, p. 269).

[27] De l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel, comme l'agent MacGillivray a reconnu qu'il aurait pu fournir son propre téléphone cellulaire, l'[TRADUCTION] « "erreur" commise en omettant de le fournir » a entraîné une violation de l'al. 10*b*). Le ministère public conteste cette conclusion et je reconnais que, compte tenu des problèmes qu'une telle mesure soulève en matière de protection de la vie privée et de sécurité, les policiers ne sont pas légalement tenus de fournir leur propre téléphone cellulaire à une personne détenue.

[28] Toutefois, les policiers ont néanmoins l'obligation de donner à une telle personne accès à un téléphone dès que cela est possible en pratique, afin de réduire le risque d'auto-incrimination accidentelle, ainsi que l'obligation de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'ils ne lui ont pas facilité l'accès à un avocat. L'alinéa 10*b*) ne crée pas le « droit » d'utiliser un téléphone précis, mais garantit *effectivement* à l'intéressé l'accès à un téléphone pour qu'il puisse exercer son droit à l'assistance d'un avocat à la *première* occasion raisonnable.

[29] Comme a conclu le juge du procès, l'agent MacGillivray a admis qu'il a commis une

and that he would have — *and could have* — given Mr. Taylor the requested access if he had remembered to do so. In other words, Mr. Taylor could have been given the opportunity to speak to counsel at the hospital if Cst. MacGillivray had remembered to do so. He made no mention of any practical obstacles to access, such as a medical emergency, the absence of a phone, or even problems in providing sufficient privacy to Mr. Taylor.

[TRADUCTION] « erreur » à l'hôpital et qu'il aurait donné à M. Taylor — *et aurait pu lui donner* — l'accès que demandait celui-ci s'il s'était souvenu de le faire. Autrement dit, M. Taylor aurait pu se voir accorder la possibilité de communiquer avec un avocat pendant qu'il se trouvait à l'hôpital si l'agent MacGillivray s'était souvenu de lui donner cette possibilité. Ce dernier n'a fait état d'aucun obstacle d'ordre pratique à l'accès demandé, par exemple une urgence médicale, l'absence de téléphone ou même des difficultés à fournir à M. Taylor la possibilité de consulter son avocat suffisamment en privé.

[30] There is, in fact, virtually no evidence about what logistical or medical barriers stood between Mr. Taylor and a phone call to his lawyer. It is true that Cst. MacNamara testified that at the hospital "[t]here was absolutely no way [Mr. Taylor] could have contacted counsel and had any privacy in the setting that we were in", but this retrospective imputation of impracticability is of limited relevance given her acknowledgement that she was only there to track the blood samples and whether such access was possible was not part of her duties there. As a result, she too made no inquiries of the hospital staff.

[30] En fait, il n'y a virtuellement aucune preuve indiquant que des obstacles d'ordre logistique ou médical empêchaient M. Taylor d'appeler son avocat. Il est vrai que l'agente MacNamara a témoigné que, à l'hôpital, [TRADUCTION] « [i]l aurait été absolument impossible [à M. Taylor] de communiquer avec un avocat et de disposer de quelque intimité vu l'environnement dans lequel nous nous trouvions », mais cette impossibilité pratique, invoquée rétrospectivement, n'a qu'une pertinence limitée, puisque l'agente a reconnu qu'elle était présente à l'hôpital uniquement pour assurer le suivi des échantillons de sang et que la question de savoir si l'accès à un avocat était possible ne faisait alors pas partie de ses tâches. Par conséquent, elle aussi n'a pas fait de démarches à cet égard auprès des membres du personnel de l'hôpital.

[31] There may well be circumstances when it will not be possible to facilitate private access to a lawyer for a detained person receiving emergency medical treatment. As this Court noted in *Bartle*, a police officer's implementational duties under s. 10(*b*) are necessarily limited in urgent or dangerous circumstances. But those attenuating circumstances are not engaged in this case. As the trial judge found, the paramedic "did not feel there was anything wrong with the Accused", but took Mr. Taylor to the hospital only "out of an abundance of caution, and in accordance with normal practice". And once at the hospital, it was 20 to 30 minutes before the hospital took any blood from Mr. Taylor, more than enough time for the police to make

[31] Il peut fort bien se présenter des circonstances dans lesquelles il n'est pas possible d'aider une personne détenue qui reçoit un traitement médical d'urgence à avoir accès en privé à un avocat. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Bartle*, les obligations qu'ont les policiers de donner effet aux droits garantis par l'al. 10*b*) sont nécessairement limitées lors de situations urgentes ou dangereuses. Mais nous ne sommes pas en présence de telles circonstances restrictives en l'espèce. Comme l'a affirmé le juge du procès, l'ambulancier paramédical [TRADUCTION] « n'estimait pas que l'état de l'accusé présentait quoi que ce soit d'anormal », mais il a amené celui-ci à l'hôpital uniquement « par surcroît de prudence et conformément à la pratique

inquiries as to whether a phone was available or a phone call medically feasible.

habituelle ». Une fois M. Taylor arrivé à l'hôpital, il s'est écoulé de 20 à 30 minutes avant que le personnel de l'hôpital effectue un prélèvement de son sang, soit plus de temps qu'il n'en fallait aux policiers pour demander si un téléphone était disponible ou si M. Taylor était médicalement apte à faire un appel téléphonique.

[32] The duty of the police is to provide access to counsel at the earliest practical opportunity. To suggest, as the trial judge did, that it is presumptively reasonable to delay the implementation of the right to counsel for the entire duration of an accused's time waiting for and receiving medical treatment in a hospital emergency ward, without any evidence of the particular circumstances, undermines the constitutional requirement of access to counsel "without delay".

[32] Les policiers ont l'obligation de permettre l'accès à un avocat dès que la chose est possible en pratique. Le fait de présumer, comme le suggère le juge du procès, qu'il est raisonnable de tarder à donner effet au droit à l'assistance d'un avocat pendant toute la période où l'accusé attend de recevoir un traitement médical à l'urgence d'un hôpital ainsi que pendant toute la durée de ce traitement, et ce, en l'absence de toute preuve des circonstances particulières en cause, compromettrait le respect de l'obligation constitutionnelle relative à l'accès « sans délai » à l'assistance d'un avocat.

[33] Not everything that happens in an emergency ward is necessarily a medical emergency of such proportions that communication between a lawyer and an accused is not reasonably possible. Constitutional rights cannot be displaced by *assumptions* of impracticality. Barriers to access must be proven, not assumed, and proactive steps are required to turn the *right* to counsel into *access* to counsel.

[33] Les cas traités en salle d'urgence ne constituent pas nécessairement tous des urgences médicales telles que les communications entre un avocat et un accusé ne sont pas raisonnablement possibles. Des droits constitutionnels ne sauraient être écartés sur la base de *suppositions* d'impossibilité pratique. L'existence d'obstacles à l'accès doit être prouvée — et non pas supposée —, et des mesures proactives sont requises pour que le *droit* à un avocat se concrétise en *accès* à un avocat.

[34] An individual who enters a hospital to receive medical treatment is not in a *Charter*-free zone. Where the individual has requested access to counsel and is in custody at the hospital, the police have an obligation under s. 10(*b*) to take steps to ascertain whether private access to a phone is in fact available, given the circumstances. Since most hospitals have phones, it is not a question simply of whether the individual is in the emergency room, it is whether the Crown has demonstrated that the circumstances are such that a private phone conversation is not reasonably feasible.

[34] La personne qui entre dans un l'hôpital pour y recevoir des soins médicaux ne se trouve pas dans une zone sans *Charte*. Lorsqu'une personne a demandé à avoir accès à un avocat et qu'elle est sous garde à l'hôpital, les policiers sont tenus par l'al. 10*b*) de prendre des mesures pour vérifier s'il est dans les faits possible à cette personne d'avoir accès privément à un téléphone, eu égard aux circonstances. Comme la plupart des hôpitaux sont dotés de téléphones, la question ne consiste pas simplement à déterminer si le détenu se trouvait à l'urgence, mais plutôt si le ministère public a démontré que les circonstances étaient telles qu'une conversation téléphonique privée n'était pas raisonnablement possible en pratique.

[35] The result of the officers' failure to even turn their minds that night to the obligation to provide this access, meant that there was virtually no evidence about whether a private phone call would have been possible, and therefore no basis for assessing the reasonableness of the failure to facilitate access. In fact, this is a case not so much about delay in facilitating access, but about its complete denial. It is difficult to see how this ongoing failure can be characterized as reasonable. Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights were clearly violated. With respect, the trial judge erred in concluding otherwise.

[35] Comme les policiers n'ont même pas songé cette nuit-là à l'obligation qu'ils avaient d'offrir l'accès à un avocat, il s'ensuit qu'il n'y a virtuellement aucune preuve concernant la question de savoir s'il aurait été possible ou non de faire un appel téléphonique en privé et, par conséquent, aucune base permettant d'apprécier le caractère raisonnable de l'omission de faciliter cet accès. En fait, la présente affaire ne porte pas tant sur le temps mis à faciliter l'accès à un avocat que sur le déni complet de cet accès. Il est difficile d'imaginer comment cette omission persistante pourrait être qualifiée de raisonnable. Les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10*b*) ont été manifestement violés. Avec égards, le juge du procès a commis une erreur en concluant différemment.

[36] In light of the conclusion that Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights were violated by the failure on the part of the police to take *any* steps to facilitate Mr. Taylor's requested access to counsel before the first set of blood samples were taken, it is unnecessary to decide whether his s. 8 *Charter* right against unreasonable search and seizure was breached. I would note only that the police should not be able to circumvent the duty to implement an arrested individual's s. 10(*b*) rights by attempting to cure any tainted evidence with a warrant authorizing its seizure.

[36] Compte tenu de la conclusion selon laquelle les droits garantis à M. Taylor par l'al. 10*b*) ont été violés par suite de l'omission des policiers, avant le prélèvement de la première série d'échantillons de sang, de prendre *quelque mesure que ce soit* afin de lui faciliter l'accès à un avocat comme il l'avait demandé, il est inutile de se demander s'il y a eu atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives reconnu à l'art. 8 de la *Charte*. Je ferai seulement remarquer que les policiers ne devraient pas être en mesure de se soustraire à l'obligation de donner effet aux droits garantis par l'al. 10*b*) à la personne arrêtée en essayant de corriger tout vice qui entacherait un élément de preuve par l'obtention d'un mandat autorisant la saisie de cet élément.

[37] Having concluded that there was a breach of Mr. Taylor's right to counsel under s. 10(*b*) prior to the taking of the first set of blood samples, the remaining issue is whether to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on the public's confidence in the justice system, having regard to "the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication

[37] Comme j'ai conclu que le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) à M. Taylor a été violé avant le prélèvement de la première série d'échantillons sanguins, il reste à décider si les éléments de preuve en cause doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance du public dans le système de justice, en tenant compte des éléments suivants : « la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de

on the merits": *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 85.

la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond » : *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 85.

[38] It goes without saying that the public has an interest in an adjudication of the merits of a case where, as here, the evidence sought to be excluded is reliable and key to the case. But as this Court has consistently said, most recently in *R. v. Spencer*, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 80, the public also has an interest "in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences".

[38] Il va sans dire que le public a intérêt à ce qu'une affaire soit jugée au fond dans les cas où, comme en l'espèce, la preuve dont on demande l'exclusion est fiable et déterminante pour l'issue de l'affaire. Or, comme l'a affirmé de façon constante notre Cour, tout récemment au par. 80 de l'arrêt *R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, le public a également intérêt « à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves ».

[39] This brings us to the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. The record indicates that the s. 10(*b*) breach was not the result of a wilful disregard for Mr. Taylor's rights. Nevertheless, Cst. MacGillivray's failure to facilitate Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights constituted a significant departure from the standard of conduct expected of police officers and cannot be condoned. In short, at no point did the police do anything to facilitate Mr. Taylor's access to counsel at the hospital, either before the initial hospital samples were taken or when they demanded a blood sample. This branch of the *Grant* test therefore leans in favour of exclusion.

[39] Ce qui nous amène à la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Selon le dossier, la violation de l'al. 10*b*) n'était pas la conséquence d'un mépris délibéré des droits de M. Taylor. Néanmoins, l'omission de l'agent MacGillivray de faciliter l'exercice, par M. Taylor, des droits que lui garantit l'al. 10*b*) constituait un écart important par rapport à la norme de conduite attendue des policiers et elle ne saurait être tolérée. Bref, à aucun moment les policiers n'ont fait quoi que ce soit pour faciliter l'accès de M. Taylor à un avocat pendant qu'il se trouvait à l'hôpital, que ce soit avant le prélèvement par l'hôpital des premiers échantillons ou lorsqu'ils ont ordonné le prélèvement d'échantillons de sang. Ce volet du critère établi dans *Grant* penche donc en faveur de l'exclusion.

[40] Moreover, the impact of the breach on Mr. Taylor's *Charter*-protected interests was serious. Arrested individuals in need of medical care who have requested access to counsel should not be confronted with a Hobson's choice between a frank and open discussion with medical professionals about their medical circumstances and treatment, and exercising their constitutional right to silence. The police placed Mr. Taylor's medical interests in direct tension with his constitutional rights. His legal vulnerability was significant, and, correspondingly, so was his need for his requested assistance from counsel.

[40] De plus, l'incidence de la violation sur les droits garantis par la *Charte* à M. Taylor était sérieuse. La personne arrêtée qui a besoin de soins médicaux et qui a demandé à consulter un avocat ne devrait pas avoir à choisir — choix qui n'en est pas vraiment un — entre, d'une part, avoir une discussion franche et ouverte avec des professionnels de la santé relativement à sa situation médicale et au traitement qui s'impose et, d'autre part, exercer son droit constitutionnel de garder le silence. Les policiers ont mis les intérêts médicaux de M. Taylor en opposition directe avec ses droits constitutionnels. Sa vulnérabilité sur le plan juridique était importante et, corollairement, son besoin de recourir, comme il le demandait, à l'assistance d'un avocat.

[41] There is no need to speculate about the advice Mr. Taylor might have received had he been given access to counsel as he requested, such as whether he would have refused to consent to the taking of any blood samples for medical purposes. It is clear that the denial of the requested access had the effect of depriving him of the opportunity to make an informed decision about whether to consent to the routine medical treatment that had the potential to create — and in fact ultimately did create — incriminating evidence that would be used against him at trial. The impact of the breach on Mr. Taylor's s. 10(*b*) rights was exacerbated when Mr. Taylor was placed in the unnecessarily vulnerable position of having to choose between his medical interests and his constitutional ones, without the benefit of the requested advice from counsel. Mr. Taylor's blood samples, taken in direct violation of his right to counsel under s. 10(*b*), significantly compromised his autonomy, dignity, and bodily integrity. This supports the exclusion of this evidence. As this Court said in *Grant*, "it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's . . . bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability" (para. 111).

[41] Il n'est point besoin de s'interroger sur les conseils que M. Taylor aurait pu recevoir si on lui avait donné accès à un avocat comme il l'avait demandé, par exemple s'il aurait, par suite d'une telle consultation, refusé de consentir au prélèvement d'échantillons sanguins à des fins médicales. Il est manifeste que le refus de l'accès demandé a eu pour effet de le priver de la possibilité de prendre une décision éclairée à l'égard de la question de savoir s'il devait consentir à ce traitement médical de routine susceptible de créer — et qui a en définitive créé — une preuve incriminante qui a été utilisée contre lui au procès. L'incidence de la violation des droits garantis par l'al. 10*b*) a été exacerbée lorsque M. Taylor a été inutilement placé dans la situation de vulnérabilité d'avoir à choisir entre ses intérêts médicaux et ses intérêts constitutionnels, sans le bénéfice des conseils juridiques qu'il avait demandé d'obtenir. Les échantillons sanguins prélevés de M. Taylor en violation directe du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10*b*) ont considérablement compromis son autonomie, sa dignité et son intégrité physique. Ce facteur appuie l'exclusion de ces éléments de preuve. Comme l'a affirmé la Cour dans *Grant*, « on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur [. . .] l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé » (par. 111).

[42] After weighing all the relevant considerations, in my view the seriousness of the *Charter* breach and the impact of the police conduct on Mr. Taylor's interests are such that the admission of the evidence would so impair public confidence in the administration of justice as to warrant the exclusion of the evidence.

[42] Après avoir soupesé toutes les considérations pertinentes, j'estime que la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de la conduite des policiers sur les intérêts de M. Taylor sont telles que l'utilisation des éléments de preuve minerait à ce point la confiance du public dans l'administration de la justice qu'il est justifié de les écarter.

[43] I would dismiss the appeal.

[43] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

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

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Fagan & McKay, Calgary.

Procureurs de l'intimé : Fagan & McKay, Calgary.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: David Rose Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : David Rose Law, Toronto.

Commission des normes du travail *Appellant*

v.

Asphalte Desjardins inc. *Respondent*

Indexed as: Quebec (Commission des normes du travail) *v.* Asphalte Desjardins inc.

2014 SCC 51

File No.: 35375.

2014: March 28; 2014: July 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Employment law — Contracts — Contract of employment for indeterminate term — Obligation to give notice of termination — Employee giving notice of termination to employer to terminate contract of employment as of later date — Employer terminating contract of employment before departure date announced by employee — Whether employer who receives notice of termination from employee can terminate contract of employment before notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay indemnity in lieu of such notice — Civil Code of Québec, arts. 2091, 2092 — Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83.

The employee in question had been working for his employer since 1994. On Friday, February 15, 2008, he gave his employer a notice of resignation in which he announced that he would be terminating his contract of employment as of March 7, 2008, that is, three weeks later. On Monday, February 18, after failing to convince the employee to stay with the company, the employer decided without any other formalities to terminate his contract of employment the very next day, February 19, 2008, rather than March 7 — the departure date announced by the employee.

The appellant, the Commission des normes du travail ("Commission"), claimed on the employee's behalf an indemnity equivalent to a notice period of three weeks, which corresponded to the notice of termination given by the employee in his letter of resignation. It also claimed,

Commission des normes du travail *Appelante*

c.

Asphalte Desjardins inc. *Intimée*

Répertorié : Québec (Commission des normes du travail) *c.* Asphalte Desjardins inc.

2014 CSC 51

N° du greffe : 35375.

2014 : 28 mars; 2014 : 25 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de l'emploi — Contrats — Contrat de travail à durée indéterminée — Obligation de donner un délai de congé — Salarié ayant donné délai de congé à son employeur afin de mettre fin au contrat de travail à une date ultérieure — Employeur mettant fin au contrat de travail avant date de départ annoncée par salarié — L'employeur qui reçoit un délai de congé d'un salarié peut-il mettre fin au contrat de travail avant l'expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu? — Code civil du Québec, art. 2091, 2092 — Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83.

Le salarié en cause travaillait pour son employeur depuis 1994. Le vendredi 15 février 2008, le salarié remet à son employeur un avis de démission annonçant qu'il compte mettre fin à son contrat de travail le 7 mars 2008, soit trois semaines plus tard. Le lundi 18 février, n'ayant pas réussi à convaincre le salarié de demeurer en poste, l'employeur décide, sans autre formalité, de mettre fin au contrat de travail dès le lendemain, soit le 19 février 2008, plutôt que le 7 mars 2008 — la date de départ annoncée par le salarié.

L'appelante, la Commission des normes du travail (« Commission »), réclame pour le compte du salarié une indemnité équivalente à trois semaines de préavis, ce qui correspond au délai de congé donné par le salarié dans sa lettre de démission. La Commission réclame également,

in the same proportion, the monetary value of his annual leave. The Court of Québec found in the Commission's favour, but the Court of Appeal ruled against it.

Held: The appeal should be allowed.

This appeal raises the issue of the interplay of the provisions of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*") and the *Act respecting labour standards* that relate to the effect of the notice of termination in the context of a contract of employment for an indeterminate term. The provisions in question must be interpreted harmoniously, since they are all concerned with the same subject, namely termination of the employment relationship.

A party may unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term without giving reasons, but on condition that he or she give notice of termination to the other party in reasonable time in accordance with art. 2091 *C.C.Q.* The obligation under art. 2091 *C.C.Q.* to give notice of termination applies to both the employee and the employer, for the entire term of the contract.

Added to the principles established in the *Civil Code* are the standards provided for in the *Act respecting labour standards*, including the one set out in s. 82, which imposes an obligation on the employer to give written notice to an employee where it is the employer that terminates the contract of employment. This section specifies the duration of the notice period, which depends on the employee's years of service. Absent such notice, the employer must pay the employee an equivalent compensatory indemnity in accordance with s. 83 of the *Act respecting labour standards*. In the context of this appeal, the *Act respecting labour standards* clarifies the employer's obligations, and in light of its purpose, it should be given a large and liberal interpretation.

A contract of employment for an indeterminate term is not terminated immediately upon notice of termination being given in accordance with art. 2091 *C.C.Q.* The wording of s. 82 of the *Act respecting labour standards* confirms that the contract of employment for an indeterminate term is not terminated at the time of the notice. It is well established that a contract is not automatically resiliated upon receipt of a notice of termination and that the contractual relationship continues to exist until the date specified in the notice given by the employee or the employer. This means that even after one of the parties to a contract of employment for an indeterminate term gives the other party notice of termination, both parties must continue to perform their obligations under the contract until the notice period expires. This includes

dans la même proportion, la valeur monétaire du congé annuel. Elle a eu gain de cause en Cour du Québec, mais elle a été déboutée en Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction des dispositions du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») et de la *Loi sur les normes du travail* eu égard à l'effet d'un délai de congé dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. Une interprétation concordante des dispositions en cause s'impose puisqu'elles s'inscrivent dans le même contexte, à savoir la cessation des relations de travail.

Une partie peut sans motif mettre fin unilatéralement à un contrat de travail à durée indéterminée, à la condition toutefois de donner un délai de congé (c'est-à-dire un préavis) raisonnable à son cocontractant conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* L'obligation de donner un délai de congé qu'impose l'art. 2091 *C.c.Q.* s'applique tant au salarié qu'à l'employeur, et ce, pour toute la durée du contrat.

Aux principes édictés par le *Code civil* s'ajoutent les normes formulées par la *Loi sur les normes du travail*, dont celle à l'art. 82 qui impose à l'employeur l'obligation de donner un préavis écrit au salarié lorsque l'employeur est celui qui met fin au contrat de travail. Cette disposition précise la durée du préavis en fonction des années de service du salarié. À défaut de préavis, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente conformément à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail*. La *Loi sur les normes du travail*, dans le contexte du présent pourvoi, vient préciser les obligations de l'employeur et, vu son objectif, il y a lieu de l'interpréter de manière large et libérale.

Le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même où le délai de congé est donné conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* Le libellé de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* confirme que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même de la remise du préavis. Il est acquis qu'il n'y a pas résiliation automatique du contrat dès réception d'un délai de congé et que la relation contractuelle continue jusqu'à la date prévue par le délai de congé donné par le salarié ou l'employeur. En conséquence, même après que l'une des parties au contrat de travail à durée indéterminée a donné un délai de congé à son cocontractant, chaque partie demeure tenue de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat de travail jusqu'à l'expiration de ce délai. Cela comprend

the obligation to give notice of termination set out in art. 2091 *C.C.Q.*, which the other party must meet if he or she wishes in turn to terminate the contract before the notice given by the first expires.

It is inappropriate to deal with the issue of the effect of notice of termination from the perspective of renunciation. The notice announces the termination of the contract of employment: it does not authorize a departure from the principle that a party may not unilaterally cease performing his or her contractual obligations, to the detriment of the other party's rights. In this context, the argument based on renunciation of the notice of termination is an unacceptable fiction. An employer who advances the date of termination of the contract after an employee has given notice of termination effects not a "renunciation", but a unilateral resiliation of the contract of employment, which is authorized only as provided by law (arts. 1439 and 2091 *C.C.Q.*).

In sum, an employer who receives from an employee the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* cannot terminate the contract of employment for an indeterminate term unilaterally without in turn giving notice of termination or paying an indemnity in lieu of such notice. The notice given by the employee does not have the effect of immediately releasing the parties from their respective obligations under the contract. If the employer prevents the employee from working and refuses to pay him or her during the notice period, the employer is "terminating the contract" within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*.

Moreover, art. 2092 *C.C.Q.* does not establish an exception to the rule that a party who wishes to terminate a contract unilaterally without giving a reason must in every case, as required by art. 2091 *C.C.Q.*, give notice of termination to the other party. Indeed, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not the notice of termination itself, but the employee's right to claim an indemnity if the notice is insufficient. It is wrong to conclude that the absence of an equivalent provision in the employer's favour means that the employer may "renounce" a notice of termination received from the employee.

Finally, the distinction between circumstances such as those in the instant case and circumstances in which an employee resigns effective immediately but nonetheless offers to keep working for a certain time should be accepted. In the latter case, if the employer does indeed want the employee to leave immediately, there is a meeting of minds and notice of termination is unnecessary, since a contract for an indeterminate term can be

l'obligation de donner un délai de congé en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* qui s'impose à celui qui souhaite à son tour mettre fin au contrat avant l'expiration du délai de congé donné par l'autre.

Il est inopportun de traiter de la question de l'effet du délai de congé sous l'angle de la renonciation. Le fait de donner un délai de congé annonce la fin du contrat de travail : il ne permet pas de déroger au principe selon lequel une partie ne peut unilatéralement cesser d'exécuter ses obligations contractuelles au détriment des droits de l'autre partie. L'argument fondé sur la renonciation au délai de congé dans ce contexte est une fiction irrecevable. L'employeur qui précipite la fin du contrat après qu'un salarié lui a donné un délai de congé n'effectue pas une « renonciation », mais bien une résiliation unilatérale du contrat de travail, ce qui n'est autorisé que suivant les modalités prévues par la loi (art. 1439 et 2091 *C.c.Q.*).

En somme, un employeur qui reçoit d'un salarié le délai de congé prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* ne peut mettre fin unilatéralement au contrat de travail à durée indéterminée sans donner à son tour un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu. Le délai de congé donné par le salarié n'a pas pour effet de libérer immédiatement les parties de leurs obligations respectives découlant du contrat de travail. Si l'employeur refuse de laisser le salarié fournir sa prestation de travail et de le rémunérer pendant le délai de congé, il se trouve à « mettre fin au contrat » au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*.

Par ailleurs, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne constitue pas une exception à la règle suivant laquelle une partie doit dans tous les cas, comme le veut l'art. 2091 *C.c.Q.*, remettre un délai de congé à son cocontractant si elle désire mettre fin unilatéralement au contrat sans motif. En réalité, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne cible pas le délai de congé en tant que tel, mais bien le droit du salarié de réclamer une indemnité lorsqu'un tel délai est insuffisant. Il est inexact de conclure que l'absence d'une disposition équivalente pour l'employeur signifie que ce dernier peut « renoncer » au délai de congé que lui donne le salarié.

Enfin, il convient de retenir la distinction entre des circonstances comme celles de la présente espèce et celles où un salarié démissionne sur-le-champ en offrant néanmoins de rester à l'emploi pendant un certain temps, auquel cas, si l'employeur souhaite effectivement que le salarié quitte sur-le-champ, il y a rencontre des volontés, et le délai de congé n'est pas nécessaire puisqu'un contrat à durée indéterminée peut prendre fin de l'accord

terminated by agreement of the parties. In such a case, art. 2092 *C.C.Q* does not apply, since the termination of the employment does not then flow from a unilateral act by the employer. Nor would the indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* apply, since the termination of the contract would flow from an agreement between the parties: the employer could not be found to have terminated the contract.

In this case, the circumstances of the employee's resignation were not ambiguous. When he gave his employer a letter in which he announced that he would be resigning, the employee did not terminate his contract immediately: rather, he was complying with art. 2091 *C.C.Q.* and announcing to his employer that their contractual relationship would be terminated in the near future. When the employer asked the employee to leave before the announced date, it terminated the contract unilaterally without giving sufficient notice of termination, thereby defaulting on its obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, and this had the effect of triggering the application of ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*. Since the employee did not claim the full indemnity provided for in those sections, it is preferable to leave the question whether the notice period of s. 82 of the *Act respecting labour standards* and the equivalent indemnity of s. 83 are matters of directive or protective public order for another occasion.

Cases Cited

Referred to: *ChemAction inc. v. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII); *Commission des normes du travail v. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail v. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200; *Commission des normes du travail v. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374; *Martin v. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514; *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Commission des normes du travail v. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII); *Commission des normes du travail v. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *IBM Canada ltée v. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII); *Atwater Badminton and Squash Club Inc. v. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII); *Aksich v. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997; *Nurun inc. v. Deschênes*, 2004 CanLII 27918; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499;

des parties. Dans un tel cas, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne trouve pas application, puisque la fin de l'emploi n'est pas alors le fruit d'un acte unilatéral de l'employeur. De plus, il ne serait pas question de l'indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*, puisque la fin du contrat résulterait d'une entente entre les parties : il serait impossible de conclure que l'employeur a mis fin au contrat.

En l'espèce, les circonstances entourant la démission du salarié n'étaient pas ambiguës. En remettant une lettre annonçant sa démission, le salarié n'a pas mis fin au contrat immédiatement : il s'est plutôt conformé aux exigences de l'art. 2091 *C.c.Q.* et a annoncé à son employeur la fin de leur relation contractuelle dans un futur rapproché. En demandant au salarié de quitter avant la date annoncée, l'employeur a mis fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant, manquant ainsi à l'obligation que lui imposait l'art. 2091 *C.c.Q.*, et, par voie de conséquences, cela a déclenché l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*. Le salarié n'ayant pas réclamé la pleine indemnité prévue à ces dispositions, il est préférable de laisser pour plus tard la question de décider si la durée du préavis prévue à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, et l'indemnité équivalente à l'art. 83, relèvent de l'ordre public de direction ou de protection.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *ChemAction inc. c. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII); *Commission des normes du travail c. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail c. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200; *Commission des normes du travail c. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374; *Martin c. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514; *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Commission des normes du travail c. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII); *Commission des normes du travail c. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *IBM Canada ltée c. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII); *Atwater Badminton and Squash Club Inc. c. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII); *Aksich c. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997; *Nurun inc. c. Deschênes*, 2004 CanLII 27918; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499;

Commission des normes du travail v. Quesnel, [1999] J.Q. nº 6966 (QL); *Transforce inc. v. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 83, 114.
Civil Code of Québec, arts. 1380, 1439, 2085 to 2097, 2086, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.

Authors Cited

Béliveau, Nathalie-Anne, avec la collaboration de Marc Ouellet. *Les normes du travail*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7e éd., mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yann Bernard et autres. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2012.
Morin, Fernand. "*Démission* et *congédiement*: la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes" (2013), 43 *R.G.D.* 637.
Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Bich and Fournier JJ.A.), 2013 QCCA 484, [2013] AZ-50948335, [2013] J.Q. nº 2366 (QL), 2013 CarswellQue 2371, setting aside a decision of Massol J.C.Q., 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935, [2010] AZ-50668866, [2010] J.Q. nº 8693 (QL), 2010 CarswellQue 9152. Appeal allowed.

Robert Rivest and *Jessica Laforest*, for the appellant.

Claude J. Denis and *Frédérick Langlois*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court was delivered by

[1] Wagner J. — This appeal concerns the notice required to terminate a contract of employment

Commission des normes du travail c. Quesnel, [1999] J.Q. nº 6966 (QL); *Transforce inc. c. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1380, 1439, 2085 à 2097, 2086, 2087, 2088, 2091, 2092, 2094.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, ch. N-1.1, art. 82, 83, 114.

Doctrine et autres documents cités

Béliveau, Nathalie-Anne, avec la collaboration de Marc Ouellet. *Les normes du travail*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7e éd., mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yann Bernard et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2012.
Morin, Fernand. « *Démission* et *congédiement* : la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes » (2013), 43 *R.G.D.* 637.
Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec : Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Bich et Fournier), 2013 QCCA 484, [2013] AZ-50948335, [2013] J.Q. nº 2366 (QL), 2013 CarswellQue 2371, qui a infirmé une décision du juge Massol, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935, [2010] AZ-50668866, [2010] J.Q. nº 8693 (QL), 2010 CarswellQue 9152. Pourvoi accueilli.

Robert Rivest et *Jessica Laforest*, pour l'appelante.

Claude J. Denis et *Frédérick Langlois*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] Le juge Wagner — Le présent pourvoi porte sur le délai de congé servant à mettre fin à

for an indeterminate term. More specifically, the question is whether an employer who receives a notice of termination from an employee can terminate the contract of employment before the notice period expires without in turn having to give notice of termination or pay an indemnity in lieu of such notice. For the reasons that follow, I would answer this question in the negative and allow the appeal.

I. Background

[2] The facts of this case are not in dispute. The employee in question, Daniel Guay, had been working for the respondent, Asphalte Desjardins inc., since 1994. Asphalte Desjardins is a paving company that generates its income from contracts with municipalities and the provincial government. There is some competition in that market, and contracts are generally awarded under calls for tenders. Mr. Guay was employed as a project manager and had access to confidential information, including the prices proposed by the company in its tenders and the costs of performance of its work.

[3] On Friday, February 15, 2008, Mr. Guay gave Asphalte Desjardins a notice of resignation in which he announced that he would be terminating his contract of employment as of March 7, 2008, that is, three weeks later. In handing in his notice, Mr. Guay explained that he was leaving to work for a competitor, which had offered him a higher salary. He also stressed that the intervening three weeks would suffice to finish his work and ensure an orderly transition with his replacement.

[4] On Monday, February 18, some Asphalte Desjardins managers tried unsuccessfully to convince Mr. Guay to stay with the company. Asphalte Desjardins then decided without any other formalities to terminate his contract of employment the very next day, February 19, 2008, rather than March 7 — the departure date announced by Mr. Guay.

[5] The appellant, the Commission des normes du travail ("Commission"), claimed on Mr. Guay's

un contrat de travail à durée indéterminée. Plus particulièrement, il s'agit de trancher la question de savoir si l'employeur qui reçoit un délai de congé d'un salarié peut mettre fin au contrat de travail avant l'expiration du délai, sans avoir à lui-même donner un délai de congé ou à verser une indemnité qui en tient lieu. Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question et d'accueillir le pourvoi, et voici pourquoi.

I. Le contexte

[2] Les faits de l'espèce ne sont pas contestés. Le salarié en cause, M. Daniel Guay, travaillait pour l'intimée, Asphalte Desjardins inc., depuis 1994. Cette dernière œuvre dans le domaine du pavage et tire ses revenus de contrats avec des municipalités et le gouvernement provincial. Il existe une certaine concurrence dans le domaine et les contrats sont généralement attribués au moyen d'appels d'offres. Monsieur Guay occupait le poste de directeur de projets et avait accès à des renseignements confidentiels, y compris les prix proposés par l'entreprise dans ses soumissions ainsi que les coûts de réalisation des travaux par celle-ci.

[3] Le vendredi 15 février 2008, M. Guay remet à Asphalte Desjardins un avis de démission annonçant qu'il compte mettre fin à son contrat de travail le 7 mars 2008, soit trois semaines plus tard. En remettant son avis de démission, M. Guay précise qu'il quitte pour travailler chez un concurrent, lequel lui offre des conditions salariales plus avantageuses. Il souligne également que le délai de trois semaines sera suffisant pour finaliser les dossiers et assurer une transition ordonnée avec son successeur.

[4] Le lundi 18 février, certains dirigeants d'Asphalte Desjardins tentent de convaincre M. Guay de demeurer en poste, mais sans succès. Asphalte Desjardins décide donc, sans autre formalité, de mettre fin au contrat de travail dès le lendemain, soit le 19 février 2008, plutôt que le 7 mars 2008 — la date de départ annoncée par M. Guay.

[5] L'appelante, la Commission des normes du travail (« Commission »), réclame pour le compte de

behalf an indemnity equivalent to a notice period of three weeks, which corresponded to the notice of termination given by Mr. Guay in his letter of resignation, even though under s. 82 of *An Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, he would have been entitled to four weeks as an employee credited with five to ten years of uninterrupted service. The Commission also claimed, in the same proportion, the monetary value of his annual leave.

II. Judicial History

A. *Court of Québec, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935*

[6] Judge Massol allowed the Commission's action with the exception of its claim for a 20 percent lump sum for itself under s. 114 of the *Act respecting labour standards*. In ordering Asphalte Desjardins to pay the amounts claimed in respect of the notice period and annual leave, he stated that where an employee gives an employer notice that he or she plans to resign as of a future date and the employer decides to terminate the contract of employment prior to the effective date of the resignation, the employer must in turn give the employee notice or pay him or her an indemnity in lieu of notice. In other words, the employee is entitled to be paid during the period between the notice of resignation and the date it takes effect (para. 35).

[7] Judge Massol stated that a distinction should be drawn between an employee who announces that he or she intends to resign on a specific date (as in this case) and one who announces that he or she intends to resign immediately but also *offers* to keep working for a certain time (as in *ChemAction inc. v. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII), at paras. 37 *et seq.*). In the instant case, because Mr. Guay had indicated clearly in his letter of resignation that he would be resigning effective March 7, 2008, Judge Massol concluded that Mr. Guay had done more than simply offer to remain in the employ of Asphalte Desjardins for the three weeks until his departure date.

M. Guay une indemnité équivalente à trois semaines de préavis, ce qui correspond au délai de congé donné par M. Guay dans sa lettre de démission, nonobstant l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, ch. N-1.1, qui lui donne droit à un préavis de quatre semaines en sa qualité de salarié justifiant de cinq à dix ans de service continu. La Commission réclame également, dans la même proportion, la valeur monétaire du congé annuel.

II. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2010 QCCQ 7473, [2010] R.J.D.T. 935*

[6] Le juge Massol accueille la demande de la Commission, à l'exception de sa réclamation pour obtenir une somme forfaitaire de 20 p. 100 pour son compte en vertu de l'art. 114 de la *Loi sur les normes du travail*. En condamnant Asphalte Desjardins aux sommes réclamées en guise de préavis et de congé annuel, le juge Massol rappelle que l'employeur qui entend se séparer d'un salarié l'ayant avisé qu'il compte démissionner à une date future devra lui-même fournir un préavis à ce salarié ou lui verser une indemnité qui en tient lieu s'il entend mettre fin au contrat de travail avant la date de prise d'effet de la démission. En d'autres termes, le salarié a le droit d'être rémunéré pendant la période comprise entre l'avis de démission et la prise d'effet de celle-ci (par. 35).

[7] Selon le juge Massol, il y a lieu de faire la distinction entre, d'une part, un salarié qui annonce son intention de démissionner à une date déterminée (comme en l'espèce) et, d'autre part, un salarié qui annonce son intention de démissionner sur-le-champ tout en *offrant* de travailler pendant un certain temps (comme dans l'affaire *ChemAction inc. c. Clermont*, 2008 QCCQ 7353 (CanLII), par. 37 et suiv.). Dans la présente affaire, comme la lettre de démission de M. Guay indiquait clairement qu'il quitterait son poste le 7 mars 2008, le juge Massol conclut que M. Guay formulait plus qu'une offre de demeurer à l'emploi d'Asphalte Desjardins pendant les trois semaines précédant la date de son départ.

[8] In this regard, Judge Massol stressed that it is up to the employee to choose the time at which the termination of the employment relationship will take effect. This choice must be respected insofar as the employee satisfies his or her obligation under art. 2091 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*") to give notice of termination. Judge Massol concluded that, [TRANSLATION] "[w]hen all is said and done, although the employer benefits from a protection, that protection cannot be renounced to the detriment of the employee's own rights" (para. 49).

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 484 (CanLII)*

(1) Reasons of the Majority by Bich J.A. (Concurred in by Fournier J.A.)

[9] The majority of the Quebec Court of Appeal, *per* Bich J.A., allowed the appeal of Asphalte Desjardins and dismissed the Commission's action. In the majority's view, the purpose of the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* is to protect the party who receives the notice by enabling that party [TRANSLATION] "to limit the adverse effects of a termination [of a contract of employment] that he or she can neither counter nor prevent" (para. 55). The majority acknowledged that the party giving notice of termination may in practice derive certain benefits from it, but nevertheless found that that is not the purpose of art. 2091 *C.C.Q.* According to them, the notice of termination does not "resul[t] in a synallagmatic obligation that would be binding on the party who receives it" (para. 56), which means that an employee who gives notice to his or her employer cannot place the employer under an obligation to comply in full with the notice. Likewise, an employee cannot be forced to comply until the very end with a notice from the employer that includes a period "to be worked", and if the employee in question decides to leave earlier, he or she cannot be required to give notice of termination in turn or to indemnify the employer (para. 58).

[10] Nor, the majority added, is the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* a condition for exercising the power of unilateral resiliation

[8] À cet égard, le juge Massol souligne que le salarié peut choisir le moment à partir duquel la cessation du lien d'emploi prendra effet. Ce choix doit être respecté dès lors que le salarié se conforme à l'obligation imposée par l'art. 2091 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») de donner un délai de congé. Le juge Massol conclut qu'« [e]n définitive, si l'employeur bénéficie d'une protection, celui-ci ne peut y renoncer au détriment des droits propres du salarié » (par. 49).

B. *Cour d'appel du Québec, 2013 QCCA 484 (CanLII)*

(1) Motifs majoritaires de la juge Bich (auxquels souscrit le juge Fournier)

[9] Sous la plume de la juge Bich, la majorité de la Cour d'appel du Québec accueille l'appel d'Asphalte Desjardins et rejette l'action de la Commission. Selon la majorité, le délai de congé prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* a pour but de protéger la partie qui reçoit le délai de congé en lui permettant « de pallier les inconvénients découlant d'une rupture [du contrat de travail] qu'elle ne peut ni contrer ni empêcher » (par. 55). Reconnaissant que le délai de congé peut, en pratique, comporter un certain avantage pour la partie qui le donne, la majorité estime toutefois qu'il ne s'agit pas là de l'objectif poursuivi par l'art. 2091 *C.c.Q.* Selon la majorité, le délai de congé n'est pas « porteur d'une obligation synallagmatique qui lierait la partie qui le reçoit » (par. 56), si bien qu'un salarié ne peut imposer à l'employeur l'obligation de respecter intégralement le délai de congé qu'il lui donne. De même, un salarié ne peut être contraint de respecter jusqu'à la toute fin un délai de congé « travaillé » que lui donnerait son employeur, et s'il décide de partir plus tôt, le même salarié ne peut être tenu de donner un délai de congé à son tour ou encore d'indemniser l'employeur (par. 58).

[10] La majorité ajoute par ailleurs que le délai de congé prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* n'est pas non plus une condition d'exercice de la faculté de résiliation

that would serve to determine whether a resiliation is valid: in the absence of such notice, the resiliation is not null, and the right of the other party to the contract is limited to obtaining compensation for the injury flowing from the fact that he or she was not given notice of termination (para. 59).

[11] The subject, purpose and nature of the obligation to give notice of termination lead, at first glance, to the conclusion that the recipient of the notice can renounce it (para. 60). But the majority noted that, because of the risk of abuse that might entail for employees, the legislature had established a measure designed to protect them, in art. 2092 *C.C.Q.*, by prohibiting any renunciation of their right to an indemnity should the notice of termination be insufficient or should the resiliation be abusive. They pointed out that this prohibition — which applies only to the employee — shows that, were it not for art. 2092 *C.C.Q.*, it would in fact be possible to renounce the notice of termination (paras. 61-62). The majority also pointed out that the prohibition set out in art. 2092 *C.C.Q.* is not absolute and that an employee can, on certain conditions, renounce the notice of termination his or her employer is required to give. In short, in their view, both the employee (on certain conditions) and the employer (without conditions) can renounce the notice of termination (paras. 63-65).

[12] The majority noted that, as a general rule, the contract of employment continues to exist during the notice period, unless the party who receives the notice of termination renounces it (para. 66). However, they added that an employer who renounces a notice of termination received from an employee cannot be considered to be terminating the contract within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*. From the time the employee gives notice of termination, the fate of the contract of employment is [TRANSLATION] "inevitable" (para. 70). The notice merely delays the effect of the employee's unilateral decision to terminate the contract: "The employer's renunciation of the notice can change neither this fact nor its legal consequences" (para. 70). In other words, a resignation does not become a dismissal if the employer renounces the notice of termination.

unilatérale, qui déterminerait la validité de celle-ci : en son absence, la résiliation n'est pas nulle, et le droit du cocontractant se limite à celui d'être indemnisé du préjudice découlant du fait de ne pas avoir reçu un délai de congé (par. 59).

[11] L'objet, le but et la nature de l'obligation de donner un délai de congé amènent a priori à conclure que la partie qui reçoit le délai de congé peut y renoncer (par. 60). La majorité souligne cependant qu'en raison du risque d'abus que cela peut entraîner pour le salarié, le législateur a édicté une mesure de protection à son intention à l'art. 2092 *C.c.Q.* en interdisant toute renonciation à son droit à une indemnité en cas de délai de congé insuffisant ou de résiliation abusive. La majorité fait remarquer que cette interdiction — qui n'est édictée qu'à l'égard du salarié — témoigne qu'à défaut de l'art. 2092 *C.c.Q.*, une renonciation au délai de congé serait effectivement possible (par. 61-62). La majorité fait également observer que l'interdiction établie à l'art. 2092 *C.c.Q.* n'est pas absolue, et qu'un salarié peut, à certaines conditions, renoncer au délai de congé que doit lui donner l'employeur. Bref, selon la majorité, tant le salarié (à certaines conditions) que l'employeur (sans condition) peut renoncer au bénéfice du délai de congé (par. 63-65).

[12] La majorité rappelle que, de façon générale, le contrat de travail se poursuit pendant le délai de congé, sauf si la partie qui reçoit le délai de congé y renonce (par. 66). Elle ajoute cependant que la renonciation de l'employeur au délai de congé que lui donne le salarié ne peut être considérée comme mettant fin au contrat au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*. À partir du moment où le salarié donne le délai de congé, le sort du contrat de travail est « irrémédiablement fixé » (par. 70). Le délai de congé ne fait que retarder l'effet de la décision unilatérale du salarié de mettre fin au contrat : « La renonciation de l'employeur à ce préavis ne peut changer le fait ni les conséquences juridiques de celui-ci » (par. 70). En d'autres termes, une démission ne devient pas un congédiement par voie de renonciation de l'employeur au délai de congé.

[13] As for the distinction between a situation in which an employee announces that he or she intends to resign as of a subsequent date and one in which an employee announces that he or she intends to resign immediately but offers to keep working for a certain time, the majority rejected it. They explained that, in either situation, the employer can renounce the notice of termination without engaging s. 82 of the *Act respecting labour standards* (para. 74). Despite the fact that it refers to "terminating" the contract of employment, that section is not intended to protect an employee who resigns, but instead concerns situations in which the contract of employment is terminated on the employer's initiative (paras. 77-80).

[14] Turning to another topic, the majority expressed the opinion that there was no reason to reconsider the practice according to which an employer can, if he or she so desires, resiliate the contract immediately and pay the employee an indemnity in lieu of notice of termination. In their opinion, the analysis of Pelletier J.A., dissenting, would, if applied, jeopardize that practice (para. 82).

[15] In sum, the majority of the Court of Appeal held that the employer can freely renounce the notice of termination the resigning employee is required to give him or her under art. 2091 *C.C.Q.* and that, in so doing, the employer does not terminate the contract of employment within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, which does not apply in such a case (para. 84).

[16] Finally, the majority invited the legislature to intervene to change the law with respect to the applicability of s. 82 of the *Act respecting labour standards* in such a case, as they found that it could in some circumstances lead to a result that would be unfair for the employee (paras. 85-86).

(2) Dissenting Reasons of Pelletier J.A.

[17] Pelletier J.A. would have dismissed the appeal and affirmed the trial judge's judgment. He noted that this case raises [TRANSLATION] "the issue of the interplay of sections 82 and 83 of the *Act*

[13] Quant à la distinction entre la situation où un salarié annonce son intention de démissionner à une date ultérieure et celle où un salarié annonce son intention de démissionner sur-le-champ tout en offrant de demeurer à l'emploi un certain temps, elle est rejetée par la majorité. Selon la majorité, dans un cas comme dans l'autre, l'employeur peut renoncer au délai de congé sans entraîner pour autant l'application de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* (par. 74). Cette disposition, malgré son emploi de l'expression « mettre fin » au contrat de travail, ne vise pas à protéger le salarié en cas de démission, mais plutôt les situations dans lesquelles le contrat de travail est rompu à l'initiative de l'employeur (par. 77-80).

[14] Dans un autre ordre d'idées, la majorité est d'avis qu'il n'y a pas lieu de remettre en question la pratique selon laquelle l'employeur peut, à sa convenance, résilier immédiatement le contrat en versant au salarié une indemnité au lieu de donner un délai de congé. Selon la majorité, l'application des motifs dissidents du juge Pelletier mettrait en péril cette pratique (par. 82).

[15] En somme, la majorité de la Cour d'appel conclut que l'employeur peut librement renoncer au délai de congé que le salarié démissionnaire est tenu de lui donner en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.*, et que ce faisant, il ne met pas fin au contrat de travail au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, qui n'a pas d'application en pareil cas (par. 84).

[16] La majorité invite finalement le législateur à intervenir afin de changer l'état du droit quant à l'applicabilité de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* dans un tel cas de figure, puisqu'elle reconnaît que dans certaines circonstances cela pourrait mener à des résultats injustes pour le salarié (par. 85-86).

(2) Motifs dissidents du juge Pelletier

[17] Le juge Pelletier aurait pour sa part rejeté l'appel et confirmé le jugement de première instance. Il souligne que cette affaire soulève « le problème de l'interaction des articles 82 et 83 de la

[*respecting labour standards*] and the general law rules provided for in the *Civil Code of Québec*, and in particular those flowing from articles 2091 and 2092 *C.C.Q.*" (para. 10). He stated that the first step in considering this issue was to go back to February 15, 2008, and he mentioned the trial judge's finding that on that date, Mr. Guay had clearly told Asphalte Desjardins that he would keep working until March 7, 2008 (para. 23). In Pelletier J.A.'s view, the effect of that finding was that the instant case can be distinguished from *ChemAction* in that Mr. Guay had not offered Asphalte Desjardins an alternative that would have given it the choice of immediately, on a consensual basis, terminating the mutual obligations flowing from the contract of employment (paras. 24-25).

[18] Pelletier J.A. stated that there had not, in the case at bar, been a meeting of minds for the immediate termination of the employment relationship (para. 25). He noted in this regard that Asphalte Desjardins was not arguing that Mr. Guay had consented to the immediate termination of the contract of employment. Rather, it was submitting that Mr. Guay's letter of resignation had given it the opportunity to unilaterally renounce the performance of work for the time remaining until March 7, 2008 and that the effect of that renunciation was to release it from its obligation to pay Mr. Guay his salary (para. 26). In support of this argument, Asphalte Desjardins expressly invoked the concept of "release" within the meaning of the *Civil Code of Québec*. But, Pelletier J.A. stated, there could not have been a release, since release from a debt is a synallagmatic contract, requiring the agreement of both parties (para. 27). He added that, according to the interpretation that was most favourable to Asphalte Desjardins, this situation would constitute a renunciation that had the incidental effect of releasing both parties (para. 28).

[19] Pelletier J.A. pointed out that art. 2091 *C.C.Q.* requires that a party wanting to unilaterally terminate a contract give notice of termination to the other party. Where the termination of a contract of employment for an indeterminate term flows from the will of only one of the parties, it does not occur

Loi [*sur les normes du travail*] avec les règles de droit commun prévues au *Code civil du Québec*, notamment celles découlant des articles 2091 et 2092 *C.c.Q.* » (par. 10). Selon lui, afin d'aborder ce problème, il est nécessaire de se reporter au 15 février 2008, et il rappelle que le juge de première instance a conclu qu'à cette date, M. Guay avait clairement indiqué à Asphalte Desjardins qu'il continuerait de fournir sa prestation de travail jusqu'au 7 mars 2008 (par. 23). En raison de cette conclusion, le juge Pelletier est d'avis que cette affaire se distingue de l'affaire *ChemAction*, en ce que M. Guay n'a pas offert à Asphalte Desjardins une alternative qui aurait permis à celle-ci, à son choix, de mettre fin immédiatement et de façon consensuelle aux obligations mutuelles découlant du contrat de travail (par. 24-25).

[18] En l'espèce, il n'y a pas eu selon le juge Pelletier rencontre des volontés quant à la terminaison immédiate du lien d'emploi (par. 25). Le juge Pelletier souligne à cet égard qu'Asphalte Desjardins ne plaide pas que M. Guay a consenti à la cessation immédiate du contrat de travail. Elle soutient plutôt que l'avis de démission remis par ce dernier donnait à l'entreprise l'occasion de renoncer unilatéralement à la prestation de travail pour le temps à écouler jusqu'au 7 mars 2008, et que cette renonciation lui permettait de se libérer de son obligation de payer à M. Guay son salaire (par. 26). Au soutien de cette prétention, Asphalte Desjardins invoque expressément la notion de remise au sens du *Code civil du Québec*. Or, selon le juge Pelletier, il ne peut y avoir remise, puisqu'une remise de dette est un contrat synallagmatique nécessitant l'accord des deux parties (par. 27). Le juge Pelletier ajoute que, dans la meilleure des hypothèses pour Asphalte Desjardins, il s'agirait d'une renonciation ayant accessoirement un effet libérateur pour l'une et l'autre des parties (par. 28).

[19] Le juge Pelletier rappelle que conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* une partie doit donner un délai de congé à son cocontractant si elle souhaite mettre fin au contrat unilatéralement. La cessation d'un contrat de travail à durée indéterminée qui découle de la volonté d'une seule des parties ne

at the time the decision is announced, since the period corresponding to the notice of termination must elapse first. This is true both for the employer and for the employee (para. 31). Pelletier J.A. explained that if an employee were to renounce in advance his or her right to obtain an indemnity for any injury that might result from the employer's failure to perform the obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, that renunciation would be absolutely null as a result of art. 2092 *C.C.Q.* (para. 32). However, he stated that nothing would preclude the parties from freely agreeing to immediately terminate their contractual relationship, in which case art. 2092 *C.C.Q.* would not apply, [TRANSLATION] "because the termination of the employment does not result from a unilateral act on the employer's part" (para. 34).

[20] Pelletier J.A. added that it was in his opinion inappropriate to analyze the issue before the court from the perspective of renunciation, since the contract of employment between the parties had continued to apply during the notice period and since only an agreement between them, and not a unilateral act, could have released them from their obligations (para. 36). Asphalte Desjardins had unilaterally terminated the employment relationship for the purposes of s. 82 of the *Act respecting labour standards* on February 19, 2008, thereby laying itself open to the consequences provided for in s. 83 of that Act (para. 37).

[21] Pelletier J.A. advanced two other arguments in support of his analysis. First, in his opinion, the position of Asphalte Desjardins meant that [TRANSLATION] "a resignation in compliance with article 2091 *C.C.Q.* would, for the employee, amount to a renunciation in advance of the employee's right to obtain an indemnity for any injury he or she suffers" (para. 39 (emphasis deleted)), whereas art. 2092 *C.C.Q.* expressly prohibits such a renunciation. Second, Pelletier J.A. stated, regardless of whether the employer's unilateral act can be characterized as a "dismissal", the employee's compliance with his or her obligation under art. 2091 *C.C.Q.* cannot cause the employee to lose the protection afforded by ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* and the minimum compensation for which they provide (para. 40).

survient pas dès l'annonce de la décision, car la période correspondant au délai de congé doit s'écouler. Cette règle vaut tant pour l'employeur que pour le salarié (par. 31). Le juge Pelletier précise que l'art. 2092 *C.c.Q.* frappe de nullité absolue une renonciation à l'avance par le salarié à son droit d'obtenir réparation du préjudice qui résulterait du non-respect par l'employeur de l'obligation imposée par l'art. 2091 *C.c.Q.* (par. 32). Il indique toutefois que rien n'empêche les parties de convenir librement de la fin immédiate de leur relation contractuelle, auquel cas l'art. 2092 *C.c.Q.* ne trouve pas application « parce que la fin de l'emploi n'est pas le fruit du geste unilatéral de l'employeur » (par. 34).

[20] Le juge Pelletier ajoute également qu'à son avis, il est inapproprié d'analyser le problème en cause sous l'angle de la renonciation puisque le contrat de travail entre les parties demeurait applicable pendant le délai de congé, et que seule une entente entre les parties, et non un geste unilatéral, pouvait les libérer de leurs obligations (par. 36). En l'espèce, Asphalte Desjardins a mis fin unilatéralement au lien d'emploi le 19 février 2008 au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, entraînant ainsi les conséquences prescrites à l'art. 83 de ladite Loi (par. 37).

[21] Le juge Pelletier avance deux autres arguments au soutien de son raisonnement. Premièrement, selon lui, la thèse d'Asphalte Desjardins signifie que « la démission faite conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* emporterait, pour le salarié, une renonciation à l'avance à son droit d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit » (par. 39 (italique omis)). Or, une telle renonciation est expressément interdite par l'art. 2092 *C.c.Q.* Deuxièmement, selon le juge Pelletier, le respect par le salarié de son obligation énoncée à l'art. 2091 *C.c.Q.* ne peut emporter pour lui la perte de la protection que lui procurent les art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* et la compensation minimale qui y est prévue, peu importe que l'on puisse ou non qualifier le geste unilatéral de l'employeur de « congédiement » (par. 40).

[22] Finally, in Pelletier J.A.'s view, because Asphalte Desjardins had terminated the employment relationship for the purposes of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, it was the debtor of the obligation provided for in s. 83 (para. 44). Pelletier J.A. accepted that under s. 82, Mr. Guay would have been entitled to four weeks' notice. However, given that Mr. Guay had consented to the resiliation of the contract as of March 7, 2008, and assuming that it could be inferred that Asphalte Desjardins had consented to that same date, Pelletier J.A. found that the obligation to pay an indemnity associated with the notice of termination had expired as of that date: [TRANSLATION] "In other words, as of March 7, 2008, the dismissal ceased to be the sole explanation for the termination of the contract of employment, which was then also based on the agreement of the parties. When the mutual consent of the parties to terminate their agreement took effect, it also, as it were, terminated the application of sections 82 and 83 of the *Act* to the rights and obligations flowing from the employment relationship" (para. 45).

III. Issue

[23] This appeal raises the following issue: In the context of a contract of employment for an indeterminate term, can an employer who has received a notice of termination from an employee lawfully terminate the contract before the expiration of the notice period without in turn having to give the employee notice of termination or an indemnity in lieu of such notice?

IV. Analysis

[24] I would adopt Pelletier J.A.'s reasons in part, allow the appeal and restore the trial judge's judgment.

[25] I will begin by noting that in their reasons, the majority of the Quebec Court of Appeal underscored a certain confusion with respect to the notice of termination concept, the effects of such notice and what must happen for a court to find that a contract of employment has been terminated. In so doing, they overruled a well-established line of authority at the trial level in Quebec labour relations

[22] Finalement, le juge Pelletier est d'avis qu'Asphalte Desjardins, ayant mis fin au lien d'emploi au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, est débitrice de l'obligation prévue à l'art. 83 (par. 44). Il reconnaît qu'en vertu de l'art. 82, M. Guay aurait eu droit à quatre semaines de préavis. Cependant, compte tenu du consentement donné par M. Guay à la résiliation du contrat à partir du 7 mars 2008, et tenant pour acquis que l'on puisse inférer le consentement d'Asphalte Desjardins à cette même date, le juge Pelletier conclut que l'obligation de payer une indemnité afférente au délai de congé a pris fin à cette date : « Dit autrement, à compter du 7 mars 2008, ce n'est plus le seul congédiement qui explique la terminaison du contrat d'emploi, c'est aussi l'accord des parties. La prise d'effet du consentement respectif des parties à mettre fin à leur entente vient aussi, en quelque sorte, mettre un terme à l'application des articles 82 et 83 de la *Loi* à l'égard des droits et obligations nés du lien d'emploi » (par. 45).

III. Question en litige

[23] Le pourvoi soulève la question suivante : Dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, un employeur qui a reçu un délai de congé d'un salarié est-il autorisé par la loi à mettre fin au contrat avant l'expiration de ce délai, sans être tenu de donner à son tour à ce salarié un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu?

IV. Analyse

[24] Je suis d'avis de retenir en partie les motifs exposés par le juge Pelletier, d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

[25] D'emblée, je souligne que par ses motifs, la majorité de la Cour d'appel du Québec met en relief une certaine confusion sur la notion de délai de congé, sur ses effets et sur les événements qui permettent de conclure à la cessation d'un contrat de travail. Ce faisant, la Cour d'appel a écarté un courant jurisprudentiel bien établi en première instance au Québec en matière de relations de travail,

law according to which an employer cannot renounce a notice of termination without engaging ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* (see, e.g., *Commission des normes du travail v. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail v. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200 (C.Q.); *Commission des normes du travail v. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374 (C.Q.)). That line of authority is not unanimous, however. In *ChemAction*, the Court of Québec held that an employer can renounce a notice of termination received from an employee, that such a renunciation does not transform a resignation into a dismissal and that the resignation is immediate, which means that the employee cannot then demand an indemnity under either s. 83 of the *Act respecting labour standards* or art. 2092 *C.C.Q.*

[26] A decision by a court of appeal that overrules a dominant line of authority at the trial level is not, of course, open to challenge for that reason alone. On the contrary, such a decision is within the jurisdiction of an appellate court. After all, someone always has to take the first step if the law is to change. Nevertheless, it is impossible to disregard the impact of such a radical reversal in a field of law whose general principles, while based on civil law rules, are also subject to specific legislative provisions relating exclusively to labour relations, which is what makes this appeal so important.

[27] I will begin by discussing certain principles and standards applicable to the contract of employment for an indeterminate term, after which I will consider the question of the notice of termination in the context of such contracts.

A. *Principles and Standards Applicable to the Contract of Employment for an Indeterminate Term*

[28] The contract of employment is a synallagmatic contract — one that creates obligations to be performed by both parties (art. 1380 *C.C.Q.*) — in which an employee undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of

suivant lequel l'employeur ne peut renoncer au délai de congé sans entraîner pour autant l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* (voir, à titre d'exemple, *Commission des normes du travail c. 9063-1003 Québec inc.*, 2009 QCCQ 2969 (CanLII); *Commission des normes du travail c. S2I inc.*, [2005] R.J.D.T. 200 (C.Q.); *Commission des normes du travail c. Compogest inc.*, 2003 CanLII 39374 (C.Q.)). Ce courant jurisprudentiel n'est toutefois pas unanime. Dans *ChemAction*, la Cour du Québec a décidé que l'employeur peut renoncer au délai de congé donné par le salarié, que cette renonciation ne transforme pas une démission en congédiement, et que ladite démission est immédiate, si bien que le salarié ne peut alors exiger une indemnité, que ce soit celle prévue à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail* ou celle prévue à l'art. 2092 *C.c.Q.*

[26] Il va de soi qu'une décision d'une cour d'appel qui renverse un courant jurisprudentiel dominant en première instance n'est pas pour ce seul motif contestable en droit. Au contraire, il est du ressort d'une cour d'appel de procéder ainsi. Après tout, il y a toujours une première fois dans l'évolution du droit. Cela dit, on ne peut néanmoins ignorer l'impact d'un revirement aussi radical dans un domaine du droit dont les contours sont non seulement façonnés par des règles du droit civil, mais également tributaires de dispositions législatives spécifiques et exclusives aux relations de travail, d'où l'importance du présent pourvoi.

[27] J'estime opportun de rappeler d'abord certains principes et normes applicables aux contrats de travail à durée indéterminée, et d'aborder ensuite la question du délai de congé mettant fin à de tels contrats.

A. *Principes et normes applicables au contrat de travail à durée indéterminée*

[28] Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, créant des obligations à la charge de chaque partie (art. 1380 *C.c.Q.*), et en vertu duquel le salarié s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle de l'employeur (art. 2085 *C.c.Q.*). À

an employer (art. 2085 *C.C.Q.*). Articles 2085 to 2097 of the *Civil Code* set out the general law with respect to the contract of employment, adding to the general framework of the law of obligations. A contract of employment can be for a fixed term or for an indeterminate term (art. 2086 *C.C.Q.*). The employer undertakes to allow the performance of the employee's work and to pay the employee's remuneration while at the same time protecting the employee's health, safety and dignity (art. 2087 *C.C.Q.*). The employee is bound to perform his or her work with prudence and diligence, and faithfully and honestly (art. 2088 *C.C.Q.*).

[29] More broadly, art. 1439 *C.C.Q.* establishes the principle that a contract is irrevocable: a party cannot resiliate it unilaterally except on grounds recognized by law or by agreement of the parties. The parties to the contract must therefore, *inter alia*, respect its term. This principle also applies to a contract for an indeterminate term, such as the one at issue in the case at bar. Thus, D. Lluelles and B. Moore state that [TRANSLATION] "the contract for an indeterminate term is, in principle, just as irrevocable as the contract for a fixed term. . . . A contracting party cannot be allowed to revoke the contract suddenly, brusquely and immediately" (*Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at pp. 1218-19).

[30] The power of unilateral resiliation provided for in legislation [TRANSLATION] "is an exceptional privilege whose intended scope is narrow" (Lluelles and Moore, at p. 1198). Where the contract of employment is concerned, the *Civil Code* provides for two circumstances in which a party may terminate the contractual relationship unilaterally. First, a party may unilaterally resiliate a contract of employment for a serious reason without giving notice (art. 2094 *C.C.Q.*), regardless of whether the contract is for a fixed term or for an indeterminate term. Second, as in the instant case, a party may unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term without giving reasons, but on condition that he or she give notice of termination to the other party in reasonable time in accordance with art. 2091 *C.C.Q.*, which reads as follows:

cet égard, les art. 2085 à 2097 du *Code civil* établissent le droit commun qui encadre le contrat de travail et ajoutent au régime général du droit des obligations. Le contrat de travail peut être à durée déterminée ou indéterminée (art. 2086 *C.c.Q.*). L'employeur s'engage à permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail et à lui verser une rémunération, tout en protégeant sa santé, sa sécurité et sa dignité (art. 2087 *C.c.Q.*). Le salarié, quant à lui, est tenu d'exécuter sa prestation de travail avec prudence, diligence et loyauté (art. 2088 *C.c.Q.*).

[29] De manière plus générale, l'art. 1439 *C.c.Q.* énonce le principe de l'irrévocabilité du contrat, lequel ne peut être résilié unilatéralement par l'une des parties que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. Les parties au contrat doivent donc notamment en respecter la durée. Ce principe vaut également pour les contrats à durée indéterminée, comme celui en cause en l'espèce. Les auteurs D. Lluelles et B. Moore indiquent ainsi que « le contrat à durée indéterminée est, en principe, autant irrévocable que le contrat à durée déterminée. [. . .] Il ne saurait être question qu'un contractant révoque le contrat soudainement, brutalement et immédiatement » (*Droit des obligations* (2e éd. 2012), p. 1218-1219).

[30] La faculté de résiliation unilatérale fondée sur un texte de loi « est un privilège exceptionnel, voué à une application stricte » (Lluelles et Moore, p. 1198). En matière de contrat de travail, le *Code civil* prévoit deux cas de figure où une partie peut mettre fin unilatéralement à la relation contractuelle. Premièrement, une partie peut résilier unilatéralement le contrat de travail pour motif sérieux sans donner de préavis (art. 2094 *C.c.Q.*), qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Deuxièmement, comme dans le cas qui nous occupe, une partie peut sans motif mettre fin unilatéralement à un contrat de travail à durée indéterminée, à la condition toutefois de donner un délai de congé (c'est-à-dire un préavis) raisonnable à son cocontractant conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.*, lequel se lit comme suit :

2091. Either party to a contract for an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature of the employment, the specific circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

[31] It should also be mentioned, given that this is crucial to the outcome of this appeal, that the obligation under art. 2091 *C.C.Q.* to give notice of termination applies to both the employee and the employer, for the entire term of the contract.

[32] Added to the principles established in the *Civil Code* are the standards provided for in the *Act respecting labour standards*, the purpose of which is to correct the imbalance of power between employer and employee by establishing minimum standards for employees by means of provisions of public order (*Martin v. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514 (C.A.), at p. 517; *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, at paras. 6-8). These standards supplement the framework established in the *Civil Code*.

[33] The standards in question include the one set out in s. 82 of the *Act respecting labour standards*, which imposes an obligation *on the employer* to give written notice to an employee where it is the employer that terminates the contract of employment. This section specifies the duration of the notice period, which depends on the employee's years of service. Absent such notice, the employer must pay the employee an equivalent compensatory indemnity in accordance with s. 83 of the *Act respecting labour standards*. Sections 82 and 83 read as follows:

82. The employer must give written notice to an employee before terminating his contract of employment or laying him off for six months or more.

The notice shall be of one week if the employee is credited with less than one year of uninterrupted service, two weeks if he is credited with one year to five years

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

[31] Il convient également de noter, puisque ceci revêt une importance capitale pour l'issue du présent pourvoi, que l'obligation de donner un délai de congé imposée par l'art. 2091 *C.c.Q.* s'applique tant au salarié qu'à l'employeur, et ce, pour toute la durée du contrat.

[32] Aux principes édictés par le *Code civil* s'ajoutent les normes formulées par la *Loi sur les normes du travail*, laquelle vise à corriger le déséquilibre des forces entre employeur et salarié en établissant des normes minimales à l'intention des salariés au moyen de dispositions d'ordre public (*Martin c. Compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514 (C.A.), p. 517; *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, par. 6-8). Les normes suppléent à la toile de fond établie par les dispositions du *Code civil*.

[33] Parmi ces normes figure celle exprimée à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, imposant *à l'employeur* l'obligation de donner un préavis écrit au salarié lorsque l'employeur est celui qui met fin au contrat de travail. Cette disposition précise la durée du préavis en fonction des années de service du salarié. À défaut de préavis, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente conformément à l'art. 83 de la *Loi sur les normes du travail*. Les articles 82 et 83 se lisent comme suit :

82. Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour six mois ou plus.

Cet avis est d'une semaine si le salarié justifie de moins d'un an de service continu, de deux semaines s'il justifie d'un an à cinq ans de service continu, de quatre semaines

of uninterrupted service, four weeks if he is credited with five years to ten years of uninterrupted service and eight weeks if he is credited with ten years or more of uninterrupted service.

. . .

This section does not deprive an employee of a right granted to him under another Act.

83. An employer who does not give the notice prescribed by section 82, or who gives insufficient notice, must pay the employee a compensatory indemnity equal to his regular wage excluding overtime for a period equal to the period or remaining period of notice to which he was entitled.

. . .

[34] The purpose of s. 82 is to advise the employee that the employment relationship will soon be terminated and to give him or her reasonable time to try to find a new job (see, e.g., *Commission des normes du travail v. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII), at para. 38; *Commission des normes du travail v. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505 (C.Q.), at para. 15). The *Act respecting labour standards* does not impose similar minimum periods for notice given by an employee, although art. 2091 *C.C.Q.* does require that an employee who wishes to unilaterally terminate a contract of employment for an indeterminate term give notice of termination "in reasonable time". This asymmetry is not surprising given that the purpose of the *Act respecting labour standards* is to protect employees as vulnerable members of society, a fact that has been acknowledged on many occasions (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 93; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051).

[35] The parties can agree to lengthen the minimum notice period provided for in the *Act respecting labour standards*. Moreover, even if there is no such provision in the contract, it is possible for an employee to be entitled under art. 2091 *C.C.Q.* to a notice period longer than the one provided for in

s'il justifie de cinq à dix ans de service continu et de huit semaines s'il justifie de dix ans ou plus de service continu.

. . .

Le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi.

83. L'employeur qui ne donne pas l'avis prévu à l'article 82 ou qui donne un avis d'une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel, sans tenir compte des heures supplémentaires, pour une période égale à celle de la durée ou de la durée résiduaire de l'avis auquel il avait droit.

. . .

[34] L'objectif de l'art. 82 est de prévenir le salarié que le lien d'emploi sera bientôt rompu et de lui consentir un délai raisonnable pour lui permettre de se trouver un nouvel emploi (voir, à titre d'exemple, *Commission des normes du travail c. Centre de décoration des sols inc.*, 2009 QCCQ 2587 (CanLII), par. 38; *Commission des normes du travail c. Commission scolaire de Laval*, 2003 CanLII 42505 (C.Q.), par. 15). La *Loi sur les normes du travail* n'impose pas de tels délais minimums quant à la durée d'un préavis donné par le salarié, qui est tout de même tenu de fournir un délai de congé « raisonnable » selon l'art. 2091 *C.c.Q.* s'il souhaite mettre fin de façon unilatérale au contrat de travail à durée indéterminée. Cette asymétrie n'est pas surprenante dans la mesure où la *Loi sur les normes du travail* vise à protéger les salariés en tant que personnes vulnérables de la société, une réalité maintes fois reconnue (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051).

[35] Les parties peuvent d'un commun accord convenir d'allonger la durée minimale du préavis établie par la *Loi sur les normes du travail.* De plus, même en l'absence d'une telle stipulation au contrat, il est possible qu'un salarié puisse, en application de l'art. 2091 *C.c.Q.*, avoir droit à un délai de

s. 82 of the *Act respecting labour standards*. The cardinal rule with respect to the unilateral resiliation of a contract of employment is the giving, in reasonable time, of a notice of termination that takes into account, in particular, the nature of the employment, the specific circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work. The courts have, although without suggesting that these were maximums, accepted notice periods of 9, 12, 15 and 18 months, and even 24 months in certain circumstances (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at p. 166; *IBM Canada ltée v. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII), at para. 39; *Atwater Badminton and Squash Club Inc. v. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII), at para. 17; *Aksich v. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997, at para. 124).

[36] Having reviewed the principles and standards applicable to the contract of employment for an indeterminate term, I must reiterate that this appeal raises the issue of the interplay of the provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* that relate to the effect of the notice of termination. In my opinion, the provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* in question must be interpreted harmoniously, since they are all concerned with the same subject, namely termination of the employment relationship.The *Civil Code* forms the backdrop for the contractual relationship between employees and employers in the workplace and establishes the general law that applies to all those who are bound by contracts of employment. As for the *Act respecting labour standards*, in the context of this appeal it clarifies the employer's obligations, and in light of its purpose, it should be given a large and liberal interpretation.

B. *Effect of the Notice of Termination*

[37] The Quebec Court of Appeal in the instant case (both the majority and the dissenting judge), like the academic writers, rightly recognized that a contract of employment for an indeterminate term is not terminated immediately upon notice of termination being given in accordance with art. 2091 *C.C.Q.* (paras. 31, 66 and 70; see also *Nurun inc. v. Deschênes*, 2004 CanLII 27918 (Que. C.A.), at

congé plus long que celui prévu à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*. En effet, la règle cardinale en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail est la remise d'un délai de congé raisonnable qui tient compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail. Sans pour autant suggérer qu'il s'agit d'une durée maximale, la jurisprudence reconnaît des délais de congé de 9, 12, 15, 18, voire 24 mois, dans certaines circonstances (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7e éd. 2013), p. 166; *IBM Canada ltée c. D.C.*, 2014 QCCA 1320 (CanLII), par. 39; *Atwater Badminton and Squash Club Inc. c. Morgan*, 2014 QCCA 998 (CanLII), par. 17; *Aksich c. Canadian Pacific Railway*, 2006 QCCA 931, [2006] R.J.D.T. 997, par. 124).

[36] Ayant fait ce tour d'horizon des principes et normes applicables au contrat de travail à durée indéterminée, il y a lieu de rappeler que le présent pourvoi soulève la question de l'interaction des dispositions du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* eu égard à l'effet du délai de congé. À mon avis, une interprétation concordante des dispositions du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* en cause s'impose, puisqu'elles s'inscrivent toutes dans le même contexte, à savoir la cessation des relations de travail. Le *Code civil* tisse la toile de fond des relations contractuelles entre le salarié et l'employeur en milieu de travail et il établit le droit commun applicable à toutes les parties liées par un contrat de travail. La *Loi sur les normes du travail*, dans le contexte du présent pourvoi, vient préciser les obligations de l'employeur et, vu son objectif, il y a lieu de l'interpréter de manière large et libérale.

B. *L'effet du délai de congé*

[37] La Cour d'appel du Québec dans le jugement dont appel (tant la majorité que la dissidence), à l'instar de la doctrine, reconnaît à juste titre que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même où le délai de congé est donné conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* (par. 31, 66 et 70; voir également *Nurun inc. c. Deschênes*, 2004 CanLII 27918 (C.A. Qué.), par. 44). Le libellé

para. 44). The wording of s. 82 of the *Act respecting labour standards* also confirms that the contract of employment for an indeterminate term is not terminated at the time notice is given: "The employer must give written notice to an employee before terminating his contract of employment . . . ." Nevertheless, the majority of the Court of Appeal in the case at bar expressed the opinion that the fate of the contract of employment is [TRANSLATION] "inevitable as of the time when the employee announces his or her resignation" (para. 70).

[38] It is well established that a contract is not automatically resiliated upon receipt of a notice of termination and that, on the contrary, the contractual relationship continues to exist until the date specified in the notice given by the employee or the employer. This means that even after one of the parties to a contract of employment for an indeterminate term gives the other party notice of termination, both parties must continue to perform their obligations under the contract until the notice period expires. This includes the obligation to give notice of termination set out in art. 2091 *C.C.Q.*, which the other party must meet if he or she wishes in turn to terminate the contract before the notice given by the first expires. The argument that the parties' legal situation "crystallizes" when notice of termination is given in that the notice merely delays the termination of the employment by postponing the employee's date of departure must therefore fail. The notice of termination does not immediately terminate the contract of employment, preserving only the conditions of employment during the notice period. Rather, the contract itself continues to exist in its entirety until that period expires.

[39] I agree with Pelletier J.A. that it seems inappropriate to deal with the issue of the effect of notice of termination from the perspective of renunciation. The notice announces the termination of the contract of employment: it does not authorize a departure from the principle that a party may not unilaterally cease performing his or her contractual obligations, to the detriment of the other party's rights. In this context, the argument based on renunciation of the notice of termination is an unacceptable fiction.

de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail* confirme également que le contrat de travail à durée indéterminée ne prend pas fin au moment même de la remise du préavis : « Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail . . . » Néanmoins, en l'espèce, la majorité de la Cour d'appel est d'avis que le sort du contrat de travail est « irrémédiablement fixé à compter du moment où le salarié annonce sa démission » (par. 70).

[38] Il est acquis qu'il n'y a pas résiliation automatique du contrat dès réception d'un délai de congé et qu'au contraire, la relation contractuelle continue jusqu'à la date prévue par le délai de congé donné par le salarié ou l'employeur. En conséquence, même après que l'une des parties au contrat de travail à durée indéterminée a donné un délai de congé à son cocontractant, chaque partie demeure tenue de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat de travail jusqu'à l'expiration de ce délai. Cela comprend l'obligation de donner un délai de congé en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* qui s'impose à celui qui souhaite à son tour mettre fin au contrat avant l'expiration du délai de congé donné par l'autre. Il y a donc lieu de rejeter la prétention suivant laquelle, en remettant un délai de congé, la situation juridique des parties se « cristalliserait », ce délai ne faisant que retarder la fin de l'emploi en reportant la date du départ du salarié. Le délai de congé ne met pas fin sur-le-champ au contrat de travail pour n'en préserver que les conditions de travail pendant l'écoulement du délai. C'est le contrat de travail lui-même, dans son entièreté, qui continue d'exister jusqu'à l'expiration du délai de congé.

[39] À l'instar du juge Pelletier, il m'apparaît inopportun de traiter de la question de l'effet du délai de congé sous l'angle de la renonciation. Le fait de donner un délai de congé annonce la fin du contrat de travail : il ne permet pas de déroger au principe selon lequel une partie ne peut unilatéralement cesser d'exécuter ses obligations contractuelles au détriment des droits de l'autre partie. L'argument fondé sur la renonciation au délai de congé dans ce contexte est une fiction irrecevable.

[40] An employer who advances the date of termination of the contract after an employee has given notice of termination effects not a "renunciation", but a unilateral resiliation of the contract of employment, which is authorized only as provided by law (arts. 1439 and 2091 *C.C.Q.*). By "renouncing" a notice received from an employee, the employer prevents the employee from performing his or her work and ceases to pay the employee, thereby defaulting on the contractual obligations the employer is required to fulfil until the expiration of the notice period. In the case at bar, as Pelletier J.A. rightly stated at para. 36 of his reasons, [TRANSLATION] "[u]ntil that date, only an agreement, and not a unilateral act, [can] release the parties from their obligations."

[41] In sum, an employer who receives from an employee the notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* cannot terminate the contract of employment for an indeterminate term unilaterally without in turn giving notice of termination or paying an indemnity in lieu of such notice. The notice given by the employee does not have the effect of immediately releasing the parties from their respective obligations under the contract. If the employer prevents the employee from working and refuses to pay him or her during the notice period, the employer is "terminating the contract" within the meaning of s. 82 of the *Act respecting labour standards*.

[42] Unlike the majority of the Court of Appeal, I cannot bring myself to conclude that the general principle that the contract continues to exist during the notice period is subject to an exception that applies where the party who receives the notice of termination renounces it. With respect, if this conclusion were accepted, it would also have to be accepted that it is the party who "renounces" the notice who unilaterally terminates the contract, with the consequences that would entail for the employer.

[43] I agree with Bich J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, that the notice of termination does not result in a synallagmatic obligation that would be binding on the party who receives it (para. 56). It is because of the contract of employment for an indeterminate term that the

[40] L'employeur qui précipite la fin du contrat après qu'un salarié lui a donné un délai de congé n'effectue pas une « renonciation », mais bien une résiliation unilatérale du contrat de travail, ce qui n'est autorisé que suivant les modalités prévues par la loi (art. 1439 et 2091 *C.c.Q.*). En « renonçant » au délai de congé qu'un salarié lui donne, l'employeur empêche le salarié de fournir sa prestation de travail et cesse de le rémunérer, manquant ainsi aux obligations contractuelles auxquelles il est tenu jusqu'à l'expiration du délai de congé. En l'espèce, comme l'exprime avec justesse le juge Pelletier, au par. 36 de ses motifs, « [j]usqu'à ce que cette date arrive, seule une entente, et non un geste unilatéral, [peut] libérer les parties de leurs obligations. »

[41] En somme, un employeur qui reçoit d'un salarié le délai de congé prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* ne peut mettre fin unilatéralement au contrat de travail à durée indéterminée sans donner à son tour un délai de congé ou une indemnité qui en tient lieu. Le délai de congé donné par le salarié n'a pas pour effet de libérer immédiatement les parties de leurs obligations respectives découlant du contrat de travail. Si l'employeur refuse de laisser le salarié fournir sa prestation de travail et de le rémunérer pendant le délai de congé, il se trouve à « mettre fin au contrat » au sens de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*.

[42] Contrairement à la majorité de la Cour d'appel, je ne peux me résoudre à conclure que le principe général selon lequel le contrat se poursuit pendant le délai de congé connaît une exception lorsque la partie qui reçoit le délai de congé y renonce. Avec égards, si on accepte cette conclusion, il faut également reconnaître que c'est la partie qui « renonce » au bénéfice du délai de congé qui met fin unilatéralement au contrat, avec les conséquences que cela emporte pour l'employeur.

[43] Je suis d'accord avec la juge Bich lorsqu'elle affirme, au nom de la majorité de la Cour d'appel, que le délai de congé n'est pas porteur d'une obligation synallagmatique qui lierait la partie qui le reçoit (par. 56). C'est en raison du contrat de travail à durée indéterminée que les parties ont des

parties have reciprocal obligations: if, on being advised of the date when the other party wishes to terminate the contract in accordance with art. 2091 *C.C.Q.*, the party receiving the notice (the employer in the instant case) objects, he or she must in turn give notice of termination under art. 2091 *C.C.Q.*

[44] Of course, the notice period chosen unilaterally by the employee cannot be "imposed" on the employer. An employer can deny an employee access to the workplace during the notice period, but must nonetheless pay his or her wages for that period, provided that the employee's notice of termination was given in reasonable time. The employer can also choose to terminate the contract by giving notice of termination in reasonable time or by paying the corresponding indemnity in accordance with art. 2091 *C.C.Q.* and under ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* (F. Morin, "*Démission* et *congédiement*: la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes" (2013), 43 *R.G.D.* 637, at p. 651; see also F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at para. II-179; N.-A. Béliveau with M. Ouellet, *Les normes du travail* (2nd ed. 2010), at p. 364).

(1) Reciprocal Nature of the Obligation to Give Notice of Termination Provided for in Article 2091 *C.C.Q.*

[45] The majority of the Court of Appeal reached the following conclusion regarding the obligation to give notice of termination at para. 58 of their reasons:

> [TRANSLATION] Thus, an employee cannot place an employer under an obligation to comply in full with a notice that the former gives, unilaterally, to the latter; likewise, when it is the employer who resiliates the contract and gives the employee notice including a period "to be worked", the employee cannot, in my opinion, be forced to comply with it until the very end and, if the employee decides to leave earlier, he or she certainly cannot be required to give notice in turn of that earlier departure or to indemnify the employer, which was counting on receiving his or her services until the notice period expired. [Emphasis added.]

obligations réciproques : ayant été avisée de la date à laquelle une partie souhaite mettre fin à ce contrat conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.*, la partie cocontractante qui s'y oppose (en l'occurrence l'employeur) devra à son tour donner un délai de congé conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.*

[44] Bien sûr, on ne peut « imposer » à l'employeur le délai de congé décidé unilatéralement par le salarié. Un employeur peut refuser qu'un salarié se présente sur les lieux de travail pour la durée du délai, mais il doit néanmoins le rémunérer pour cette période, dans la mesure où le délai de congé fourni par le salarié est raisonnable. L'employeur peut également choisir de mettre fin au contrat moyennant un délai de congé raisonnable ou une indemnité correspondante, le tout conformément à l'art. 2091 *C.c.Q.* et en vertu des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* (F. Morin, « *Démission* et *congédiement* : la difficile parité des règles de droit applicables à ces deux actes » (2013), 43 *R.G.D.* 637, p. 651; voir également F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4e éd. 2010), par. II-179; N.-A. Béliveau, avec la collaboration de M. Ouellet, *Les normes du travail* (2e éd. 2010), p. 364).

(1) La réciprocité de l'obligation de donner un délai de congé imposée par l'art. 2091 *C.c.Q.*

[45] Au paragraphe 58 de ses motifs, la majorité de la Cour d'appel en arrive à la conclusion suivante au sujet de l'obligation de donner un délai de congé :

> Ainsi, le salarié ne peut imposer à l'employeur de respecter intégralement le préavis que le premier, unilatéralement, donne au second; pareillement, lorsque c'est l'employeur qui résilie le contrat et donne un délai de congé « travaillé » au salarié, celui-ci ne peut pas être contraint, à mon avis, de le respecter jusqu'à la toute fin et, s'il décide de partir plus tôt, il ne peut certainement pas être tenu de donner à son tour un préavis de ce départ anticipé ou d'indemniser l'employeur qui comptait sur ses services jusqu'à la fin du délai de congé. [Je souligne.]

[46] The obligation to give notice of termination provided for in art. 2091 *C.C.Q.* applies equally to both parties to the contract. The obligation's reciprocal nature means that, contrary to the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal, an employee who, after receiving from his or her employer a notice of termination that includes a period to be worked (as opposed to an indemnity in lieu of such notice), stops working without in turn giving notice of termination defaults on his or her contractual obligations and could be sued for damages. In practice, this consequence for the employee will tend to be hypothetical given that the employer would be required to prove that he or she has sustained an injury. Be that as it may, if the employer was able to prove an injury caused by the employee's failure to perform his or her contractual obligations, the fact that the employee had received a notice of termination from the employer could not prevent the employer from bringing an action against that employee. An employee who has received such a notice is, like the employer, still bound by his or her contractual obligations.

[47] Of course, since the contract is an *intuitu personae* contract, specific performance is not an option if the employee wishes to leave the company. He or she will nevertheless be required, in turn, to give notice of termination in reasonable time in order to satisfy the requirements of art. 2091 *C.C.Q.*

(2) Notice of Termination That Benefits Both Parties

[48] As I mentioned above, the majority of the Court of Appeal noted that the purpose of the notice of termination is to enable [TRANSLATION] "*the party who receives it* to limit the adverse effects of a termination that he or she can neither counter nor prevent" (para. 55 (emphasis in original)). They stated that although the notice of termination may in practice result in benefits for the party who gives it — by providing him or her with a transition period, for example — that is not the purpose of art. 2091 *C.C.Q.*, which is instead designed to protect the other party (para. 55).

[49] However, notice of termination is not given solely to benefit the recipient. Regardless of who

[46] L'obligation de donner un délai de congé énoncée à l'art. 2091 *C.c.Q.* incombe de manière égale aux deux contractants. La réciprocité de cette obligation signifie que, contrairement à ce que conclut la majorité de la Cour d'appel, le salarié qui cesse de fournir sa prestation de travail après avoir reçu un délai de congé « travaillé » de son employeur (plutôt qu'une indemnité qui en tient lieu) et qui ne donne pas de délai de congé à son tour, manque à ses obligations contractuelles et s'expose à une action en dommages-intérêts. En réalité, une telle conséquence pour le salarié est plutôt théorique, étant donné la nécessité pour l'employeur de prouver que la situation lui cause un préjudice. Néanmoins, si l'employeur était en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice découlant du manquement du salarié à ses obligations contractuelles, le fait que ce dernier ait reçu un délai de congé de l'employeur ne saurait empêcher l'employeur d'exercer un recours contre ce salarié. Un salarié ayant reçu un délai de congé reste, comme l'employeur, tenu à ses obligations contractuelles.

[47] Certes, comme il s'agit d'un contrat *intuitu personae*, l'on ne saurait forcer le salarié à exécuter le contrat en nature s'il souhaite quitter l'entreprise. Il n'en demeure pas moins qu'il sera à son tour tenu de donner un délai de congé raisonnable pour respecter les prescriptions de l'art. 2091 *C.c.Q.*

(2) Le délai de congé au bénéfice des deux parties

[48] Tel que noté précédemment, la majorité de la Cour d'appel souligne que le délai de congé a pour but de permettre « *à la partie qui le reçoit* de pallier les inconvénients découlant d'une rupture qu'elle ne peut ni contrer ni empêcher » (par. 55 (en italique dans l'original)). Selon la majorité, bien que le délai de congé puisse en pratique comporter des avantages pour la partie qui le donne — du fait, à titre d'exemple, qu'elle ménage ainsi une période de transition —, il ne s'agit pas là de l'objet de l'art. 2091 *C.c.Q.*, qui vise plutôt la protection du cocontractant (par. 55).

[49] Or, le délai de congé n'est pas donné au seul bénéfice de la personne qui le reçoit. En effet, peu

terminates the contract, the notice can benefit both parties: When it is given by an employee, he or she counts on the notice period for financial planning purposes, while the employer can use it to limit any adverse effects of the employee's resignation. Likewise, when notice of termination is given by an employer, the employer can benefit from the transition period corresponding to the notice period to finalize certain projects on which the employee has been working, while the employee can use it if necessary to get his or her finances in order and find a new job.

[50] In sum, it is my opinion that the notice of termination serves the interests not only of the party who receives it, but also of the party who gives it, and that this is true in circumstances that are far from being as exceptional as the reasons of the majority of the Court of Appeal suggest in this regard. Unlike the majority of the Court of Appeal, I conclude that the notice of termination not only benefits its recipient, but in fact benefits both parties to the contract of employment.

(3) Protection Afforded to the Employee by Article 2092 *C.C.Q.*

[51] Article 2092 *C.C.Q.* prohibits the renunciation of the employee's right to an indemnity. It reads as follows:

2092. The employee may not renounce his right to obtain an indemnity for any injury he suffers where insufficient notice of termination is given or where the manner of resiliation is abusive.

[52] Article 2092 *C.C.Q.* makes it impossible for an employee to renounce redress for an injury flowing from, *inter alia*, insufficient notice of termination. Put differently, art. 2092 *C.C.Q.* precludes the employer from limiting his or her liability. It nullifies any clause in a contract of employment by which the employee has renounced the indemnity to which he or she would be entitled should the employer terminate the contract unilaterally without sufficient notice.

importe qui met fin au contrat, le délai de congé peut être avantageux pour les deux parties : Lorsqu'il est donné par le salarié, ce dernier compte sur le délai pour les besoins de sa planification financière, alors que l'employeur peut l'utiliser pour atténuer les inconvénients que la démission de son salarié pourrait entraîner. De même, lorsque le délai de congé est donné par l'employeur, ce dernier peut profiter de la période de transition correspondant au délai pour finaliser certains dossiers du salarié, alors que le salarié en fera usage pour s'ajuster financièrement et se trouver un nouvel emploi, le cas échéant.

[50] En somme, je suis d'avis que le délai de congé sert non seulement les intérêts de celui qui le reçoit, mais aussi ceux de celui qui le donne, et ce, dans des cas de figure qui sont loin d'être aussi exceptionnels que le laissent entendre les motifs de la majorité de la Cour d'appel à cet égard. Contrairement à la majorité de la Cour d'appel, j'en arrive à la conclusion que le délai de congé n'est pas qu'au seul bénéfice de celui qui le reçoit, mais bien au bénéfice des deux parties au contrat de travail.

(3) La protection conférée au salarié en vertu de l'art. 2092 *C.c.Q.*

[51] L'article 2092 *C.c.Q.* interdit la renonciation au droit du salarié à une indemnité en ces termes :

2092. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

[52] L'article 2092 *C.c.Q.* rend impossible pour le salarié de renoncer à la réparation du préjudice qui découlerait, notamment, d'un délai de congé insuffisant. Autrement dit, l'art. 2092 *C.c.Q.* empêche l'employeur de limiter sa responsabilité. Cette disposition frappe de nullité toute clause du contrat de travail par laquelle le salarié renoncerait à l'indemnité à laquelle il aurait droit si l'employeur mettait fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant.

[53] This is a protective provision of public order, and the employee — the party for whose benefit the provision was enacted — cannot renounce the right in question until it has been acquired (*Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27, at para. 60; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, at pp. 530-31).

[53] Il s'agit d'une disposition de protection d'ordre public et le salarié — la partie en faveur de laquelle la disposition a été édictée — ne peut renoncer au droit en cause qu'une fois qu'il est acquis (*Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 60; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, p. 530-531).

[54] Article 2092 *C.C.Q.* does not establish an exception to the rule that a party who wishes to terminate a contract unilaterally without giving a reason must in every case, as required by art. 2091 *C.C.Q.*, give notice of termination to the other party. Indeed, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not the notice of termination itself, but the employee's right to claim an indemnity if the notice is insufficient. The commentary of the Minister of Justice on art. 2092 *C.C.Q.* is revealing: [TRANSLATION] "The purpose of this article is to confer a right on the employee. Like wages, the indemnity is a vital element, and it is accordingly viewed as replacing an essential element of the contract. It seemed reasonable to prohibit any renunciation of the indemnity; this article is therefore of public order" (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1315 (emphasis added)).

[54] L'article 2092 *C.c.Q.* ne constitue pas une exception à la règle suivant laquelle une partie doit dans tous les cas, comme le veut l'art. 2091 *C.c.Q.*, remettre un délai de congé à son cocontractant si elle désire mettre fin unilatéralement au contrat sans motif. En réalité, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne cible pas le délai de congé en tant que tel, mais bien le droit du salarié de réclamer une indemnité lorsqu'un tel délai est insuffisant. Les commentaires du ministre de la Justice à l'égard de l'art. 2092 *C.c.Q.* sont éloquents : « Cet article a pour but d'accorder un droit au salarié. Tout comme le salaire, l'indemnité est un élément vital et, par conséquent, s'envisage comme tenant lieu d'élément essentiel à ce contrat. Il a paru raisonnable de prohiber toute renonciation à l'indemnité; cet article est donc d'ordre public » (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1315 (je souligne)).

[55] In commenting on the scope of art. 2092 *C.C.Q.*, F. Morin et al. stress that [TRANSLATION] "[t]his is an incapacity of protection . . . that applies solely to the employee and ensures that the employee is entitled to a sufficient indemnity" (*Le droit de l'emploi au Québec*, at para. II-37 (emphasis added)). Article 2092 *C.C.Q.* thus relates not to a right to receive a notice of termination, that is, to an actual period of work, but to its monetary equivalent.

[55] En commentant la portée de l'art. 2092 *C.c.Q.*, les auteurs F. Morin et autres soulignent qu'« [i]l s'agit là d'une incapacité de protection [. . .] qui vise uniquement le salarié et lui assure le droit à une indemnité suffisante » (*Le droit de l'emploi au Québec*, par. II-37 (je souligne)). L'article 2092 *C.c.Q.* ne porte donc pas sur un droit de recevoir un délai de congé, c'est-à-dire une période réelle de travail, mais bien sur son équivalent en numéraire.

[56] Furthermore, art. 2092 *C.C.Q.* confirms the legitimacy of the practice according to which an employer gives an employee an indemnity if the employer wants to terminate the employee's contract immediately, since it establishes the employee's right to receive an indemnity if he or she is not given sufficient notice.

[56] L'article 2092 *C.c.Q.* confirme également la légitimité de la pratique par laquelle l'employeur remet une indemnité au salarié s'il veut mettre fin au contrat de façon immédiate, puisqu'il consacre le droit du salarié d'obtenir une indemnité s'il ne reçoit pas un délai de congé suffisant.

[57] Contrary to the view expressed by the majority of the Court of Appeal, art. 2092 *C.C.Q.* concerns not a situation in which an employee renounces the notice of termination, but, rather, one in which the employee renounces the indemnity in lieu of such notice. The Court of Appeal stated:

> [TRANSLATION] Paradoxically, however, the fact that the legislature, in article 2092 *C.C.Q.*, thus precludes the employee from renouncing a notice of termination given in reasonable time or the indemnity in lieu of such notice confirms that absent this prohibition, such a renunciation is possible. And it is in fact because it is possible that the legislature wanted to bar the employee from doing so. Otherwise, it would not have been necessary to enact this provision.
>
> Moreover, I note that the courts have held that article 2092 *C.C.Q.* does not establish an absolute prohibition: the employee can renounce the notice the employer who resiliates the contract is required to give him or her, provided that this is done after the termination of the contract and that certain requirements are met. This being said, I do not see why the employer would be precluded from renouncing the notice given by a resigning employee, and I would also find it odd to preclude the employer from renouncing it in advance (by means, for example, of a contract clause agreed on while negotiating the contract that would allow the employee to resign without notice). [Emphasis added; emphasis in original deleted; paras. 62-63.]

[58] With respect, this *a contrario* reasoning of the majority of the Court of Appeal cannot be accepted. The fact that the legislature established a measure to protect employees by enacting art. 2092 *C.C.Q.* merely shows that, without this article, it would be possible for the employee, while negotiating the contract of employment for example, to release the employer from the obligation to pay such an *indemnity*. This is a possibility the legislature wished to preclude because of the employee's vulnerability in relation to the employer.

[59] Given that art. 2092 *C.C.Q.* deals with renunciation of *the indemnity* to which the employee is entitled in cases in which the notice of termination is insufficient (or in which the manner of resiliation is abusive), it is wrong to conclude that the absence of an equivalent provision in the employer's favour means that the employer may "renounce" a *notice*

[57] Contrairement à ce qui est énoncé dans les motifs de la majorité de la Cour d'appel, l'art. 2092 *C.c.Q.* ne vise pas les situations où un salarié renoncerait au délai de congé, mais plutôt celles où le salarié renoncerait à l'indemnité en tenant lieu. La Cour d'appel s'exprime ainsi :

> Paradoxalement, toutefois, le fait que le législateur, à l'article 2092 *C.c.Q.*, empêche ainsi le salarié de renoncer au délai de congé raisonnable ou à l'indemnité qui en tient lieu confirme qu'à défaut de cet empêchement, une telle renonciation est possible. Et c'est bien parce qu'elle l'est qu'on a voulu l'interdire au salarié. S'il en était autrement, en effet, il n'aurait pas été nécessaire d'édicter cet interdit.
>
> Je note par ailleurs que, selon la jurisprudence, l'article 2092 *C.c.Q.* n'énonce pas une prohibition absolue : le salarié peut en effet renoncer au préavis que doit lui donner l'employeur qui résilie le contrat, et ce, à condition que cette renonciation survienne après la rupture du contrat et selon certaines exigences. Cela étant, je ne vois pas pourquoi il serait interdit à l'employeur de renoncer de son côté au préavis que lui donne le salarié démissionnaire, tout comme il me semblerait incongru de l'empêcher d'y renoncer par avance (par exemple par une stipulation contractuelle convenue au moment de la conclusion du contrat, qui permettrait au salarié de démissionner sans préavis). [Je souligne; italique dans l'original omis; par. 62-63.]

[58] Avec égards, ce raisonnement *a contrario* de la majorité de la Cour d'appel ne peut être retenu. Le fait que le législateur a édicté une mesure de protection en faveur du salarié à l'art. 2092 *C.c.Q.* démontre tout simplement que, sans cette disposition, il serait possible pour le salarié de dégager l'employeur de son obligation de payer une telle *indemnité*, notamment à l'étape de la négociation du contrat de travail. Il s'agit d'une possibilité que le législateur a voulu écarter en raison de la vulnérabilité du salarié par rapport à l'employeur.

[59] Comme l'art. 2092 *C.c.Q.* traite de la renonciation à *l'indemnité* à laquelle le salarié a droit dans les cas où le délai de congé est insuffisant (ou la résiliation faite de manière abusive), il est inexact de conclure que l'absence d'une disposition équivalente pour l'employeur signifie que ce dernier peut « renoncer » au *délai de congé* que lui donne

of termination received from the employee. The prohibition established in art. 2092 *C.C.Q.* does not imply — as the majority of the Court of Appeal suggest — that otherwise the possibility of renouncing the notice of termination of art. 2091 *C.C.Q.* is the "default" rule.

[60] With respect, I am of the opinion that the majority of the Court of Appeal erred in their analysis of art. 2092 *C.C.Q.* by confusing renunciation of the indemnity with renunciation of the notice of termination. This article cannot in fact preclude an employee from renouncing the notice of termination: specific performance cannot be required in the case of an *intuitu personae* contract. It is the monetary equivalent — the indemnity — that is at issue in art. 2092 *C.C.Q.*

(4) Notice of Termination or Agreement to Terminate the Contract

[61] The distinction between circumstances such as those in the instant case and circumstances in which an employee resigns effective immediately but nonetheless offers to keep working for a certain time should be accepted. This distinction seems to me to have legal consequences, and contrary to the majority of the Court of Appeal, I find that it is more than a [TRANSLATION] "question of semantics" (Court of Appeal's reasons, at para. 73). Disregarding this distinction removes some flexibility from the analysis with respect to the termination of the employment relationship. Yes, the notice of termination is, until the notice period (and the contract) expires, an obligation for both the employer and the employee, but the two parties can very well agree, if they so wish, to terminate the contract immediately and thereby avoid the obligation to give notice of termination (see, e.g., *Commission des normes du travail v. Quesnel*, [1999] J.Q. nº 6966 (QL) (C.Q.)).

[62] An employee who tells the employer that he or she intends to resign effective immediately but who nonetheless offers to remain for a certain time must be aware and accept that the employer could renounce the right to notice of termination: if the employer does indeed want the employee to leave immediately, there is a meeting of minds and notice

le salarié. L'interdiction édictée à l'art. 2092 *C.c.Q.* ne sous-entend pas qu'autrement, comme le laisse entendre la majorité de la Cour d'appel, la possibilité de renoncer au délai de congé de l'art. 2091 *C.c.Q.* est la règle « par défaut ».

[60] Avec égards, je suis d'avis que la majorité de la Cour d'appel commet une erreur lorsqu'elle confond la renonciation à l'indemnité avec la renonciation au délai de congé dans son analyse de l'art. 2092 *C.c.Q.* Cette disposition ne saurait d'ailleurs empêcher un salarié de renoncer au délai de congé : on ne peut forcer en principe un individu à exécuter un contrat *intuitu personae* en nature. C'est l'équivalent en numéraire — l'indemnité — qui est visé à l'art. 2092 *C.c.Q.*

(4) Le délai de congé ou un accord en vue de mettre fin au contrat

[61] Il convient de retenir la distinction entre des circonstances comme celles de la présente espèce et celles où un salarié démissionne sur-le-champ en offrant néanmoins de rester à l'emploi pendant un certain temps. Cette distinction m'apparaît avoir une incidence juridique et, contrairement à la majorité de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'elle va au-delà d'une « sémantique de circonstance » (motifs de la Cour d'appel, par. 73). Faire abstraction de cette distinction enlève une mesure de flexibilité à l'analyse relative à la fin de la relation de travail. Certes, le délai de congé est une obligation qui, jusqu'à son expiration (et jusqu'à expiration du contrat), incombe tant à l'employeur qu'au salarié, mais les deux parties peuvent par ailleurs très bien convenir, si elles le désirent, de mettre fin immédiatement au contrat, et ainsi se soustraire à l'obligation de donner un délai de congé (voir, à titre d'exemple, *Commission des normes du travail c. Quesnel*, [1999] J.Q. nº 6966 (QL) (C.Q.)).

[62] Le salarié qui avise son employeur qu'il entend démissionner sur-le-champ, mais offre néanmoins de rester un certain temps, doit comprendre et accepter que l'employeur peut ne pas se prévaloir du droit de recevoir un délai de congé : si l'employeur souhaite effectivement que le salarié quitte sur-le-champ, il y a rencontre des volontés, et le délai

of termination is unnecessary, since a contract for an indeterminate term can be terminated by agreement of the parties (art. 1439 *C.C.Q.*). In such a case, art. 2092 *C.C.Q.*, which precludes the employee from renouncing his or her right to obtain an indemnity, does not apply, since the termination of the employment does not then flow from a unilateral act by the employer. Nor would the indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards* apply, since the termination of the contract would flow from an agreement between the parties: the employer could not be found to have terminated the contract.

[63] Thus, there is an important legal distinction between such a fact situation and the one at issue in the case at bar. I agree with the majority of the Court of Appeal that employees do not always express themselves perfectly clearly in announcing to their employer a decision — which will often have been difficult to make — to quit a job. But that does not eliminate the fundamental difference between the two situations.

(5) Practical Considerations

[64] I wish to point out that the decision of the majority of the Court of Appeal would have undesirable practical consequences. Employees — who are already vulnerable — would in fact face losing wages simply because they must comply with art. 2091 *C.C.Q.* if they want to terminate their contract of employment for an indeterminate term. Furthermore, such an outcome would be inconsistent with art. 2092 *C.C.Q.*, which expressly prohibits any advance renunciation by the employee of the indemnity for insufficient notice of termination. If some employees were to refuse to place themselves in a situation of vulnerability such as this, the decision of the majority of the Court of Appeal would encourage them to quit their jobs surreptitiously, without giving notice of termination to their employer.

[65] This result is of course not to be desired, as the majority of the Court of Appeal in fact wisely and properly acknowledged before suggesting that the legislature take action. Legislative intervention

de congé n'est pas nécessaire puisqu'un contrat à durée indéterminée peut prendre fin de l'accord des parties (art. 1439 *C.c.Q.*). Dans un tel cas, l'art. 2092 *C.c.Q.* — qui interdit au salarié de renoncer à son droit d'obtenir une indemnité — ne trouve pas application, puisque la fin de l'emploi n'est pas alors le fruit d'un acte unilatéral de l'employeur. De plus, il ne serait pas question de l'indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*, puisque la fin du contrat résulterait d'une entente entre les parties : il serait impossible de conclure que l'employeur a mis fin au contrat.

[63] Il existe donc une distinction juridique importante entre une telle situation factuelle et celle dont il est question en l'espèce. Je reconnais, à l'instar de la majorité de la Cour d'appel, que les salariés ne s'expriment pas toujours avec toute la clarté voulue lorsqu'ils communiquent à leur employeur leur décision par ailleurs souvent difficile de quitter leur emploi. Cela n'élimine pas pour autant la différence fondamentale entre les deux scénarios.

(5) Considérations d'ordre pratique

[64] Je tiens à souligner que les conséquences pratiques de la décision majoritaire de la Cour d'appel sont indésirables. Les salariés — qui sont déjà des parties vulnérables — seraient effectivement exposés au risque de perdre leur salaire du simple fait qu'ils doivent se conformer à l'art. 2091 *C.c.Q.* lorsqu'ils souhaitent mettre fin à leur contrat de travail à durée indéterminée. Qui plus est, cela fait fi de l'art. 2092 *C.c.Q.*, lequel interdit expressément toute renonciation à l'avance de la part du salarié à recevoir une indemnité en cas de délai de congé insuffisant. Si certains salariés refuseront de se placer dans une telle situation de vulnérabilité, la décision de la majorité de la Cour d'appel les encourage à quitter leur emploi subrepticement, sans donner de délai de congé à leur employeur.

[65] Ce résultat n'est certes pas souhaitable, et la majorité de la Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs avec sagesse et justesse avant de suggérer l'intervention du législateur. Une intervention législative

is not needed, however, as such an outcome can be avoided adequately by interpreting the relevant provisions of the *Civil Code* and the *Act respecting labour standards* harmoniously.

C. *Application to the Facts of This Case*

[66] In this case, the circumstances of Mr. Guay's resignation were not ambiguous. When, on February 15, 2008, he gave his employer a letter in which he announced that he would be resigning effective March 7, 2008, Mr. Guay did not terminate his contract immediately: rather, he was complying with art. 2091 *C.C.Q.* and announcing to his employer that their contractual relationship would be terminated in the near future.

[67] From February 15, 2008 to March 7, 2008, both Mr. Guay and Asphalte Desjardins continued to be creditors and debtors of the obligations flowing from the contract of employment for an indeterminate term, which was to terminate on the latter date. When Asphalte Desjardins asked Mr. Guay to leave on February 19, 2008, it stopped performing its obligations under the contract of employment, namely those of allowing Mr. Guay to perform his work and paying his remuneration (art. 2087 *C.C.Q.*). Mr. Guay, on the other hand, was prepared to perform his work until March 7, 2008. In acting as it did, Asphalte Desjardins terminated the contract unilaterally without giving sufficient notice of termination, thereby defaulting on its obligation under art. 2091 *C.C.Q.*, and this had the effect of triggering the application of ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*.

[68] In this regard, it is irrelevant that Mr. Guay had already obtained another job and that the new employer had agreed to have him start working earlier in response to the decision of Asphalte Desjardins to advance the date of termination of the contract. As a general rule, absent fraud or conspiracy to injure, a third party — which is what Asphalte Desjardins was in relation to the contract of employment between Mr. Guay and his new employer — cannot take advantage of such a contract so as to be released from his or her own obligations (*Transforce inc. v. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626, at para. 75).

n'est cependant pas nécessaire car une interprétation concordante des dispositions pertinentes du *Code civil* et de la *Loi sur les normes du travail* permet d'éviter adéquatement un tel résultat.

C. *Application aux faits de l'espèce*

[66] En l'espèce, les circonstances entourant la démission de M. Guay n'étaient pas ambiguës. Le 15 février 2008, en remettant une lettre annonçant sa démission devant prendre effet le 7 mars 2008, M. Guay n'a pas mis fin au contrat immédiatement : il s'est plutôt conformé aux exigences de l'art. 2091 *C.c.Q.* et a annoncé à son employeur la fin de leur relation contractuelle dans un futur rapproché.

[67] À compter du 15 février 2008, et ce, jusqu'au 7 mars 2008, tant M. Guay qu'Asphalte Desjardins demeuraient créanciers et débiteurs des obligations découlant du contrat de travail à durée indéterminée, dont la fin était fixée au 7 mars 2008. En demandant à M. Guay de quitter le 19 février 2008, Asphalte Desjardins a cessé d'exécuter les obligations qui lui incombaient en vertu du contrat de travail : c'est-à-dire, permettre à M. Guay de fournir sa prestation de travail et le rémunérer (art. 2087 *C.c.Q.*). M. Guay était pourtant disposé à fournir sa prestation de travail jusqu'au 7 mars 2008. En agissant ainsi, Asphalte Desjardins a mis fin au contrat de façon unilatérale sans délai de congé suffisant, manquant ainsi à l'obligation que lui imposait l'art. 2091 *C.c.Q.*, et, par voie de conséquences, cela a déclenché l'application des art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*.

[68] Il importe peu, à cet égard, que M. Guay ait déjà obtenu un autre emploi et que ce nouvel employeur ait accepté que celui-ci entre en fonction plus tôt, étant donné la décision d'Asphalte Desjardins de précipiter la fin du contrat. En règle générale, outre les cas de fraude ou de complot en vue de nuire, un tiers tel qu'Asphalte Desjardins par rapport au contrat de travail entre M. Guay et son nouvel employeur ne peut en tirer avantage et ainsi être libéré de ses propres obligations (*Transforce inc. c. Baillargeon*, 2012 QCCA 1495, [2012] R.J.Q. 1626, par. 75).

[69] On the basis of the minimum periods provided for in the second paragraph of s. 82 of the *Act respecting labour standards*, an employee who, like Mr. Guay, is credited with five to ten years of uninterrupted service is entitled to four weeks' notice if the employer terminates the contract of employment. Mr. Guay himself had given three weeks' notice, indicating clearly on February 15, 2008 that he would be quitting his job on March 7, 2008. That is what the Commission claimed on his behalf — an indemnity equivalent to three weeks' notice of termination. Thus, he did not claim the full indemnity provided for in ss. 82 and 83 of the *Act respecting labour standards*.

[70] Pelletier J.A. would have awarded an indemnity equivalent to three weeks' notice on the basis that the parties had reached a meeting of the minds: as of March 7, 2008, the termination of the contract of employment was no longer the result solely of a unilateral act of the employer, but flowed from an agreement of the parties (para. 45). This approach, although intuitively appealing, is problematic insofar as it attributes to the employer an intention to terminate the contract effective March 7, 2008. It is hard to accept this reasoning, given that Asphalte Desjardins clearly wanted Mr. Guay to leave on February 19, 2008.

[71] In my opinion, it is preferable to leave the question whether the notice period provided for in s. 82 of the *Act respecting labour standards* and the equivalent indemnity provided for in s. 83 are matters of directive or protective public order for another occasion. The scope of the Commission's action in this case is clearly defined, and this question was not properly argued in the courts below, nor did the parties raise it or make submissions with respect to it in this Court. I feel that it would in the circumstances be best to refrain from speaking to it.

V. Conclusion

[72] For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs. The Commission can claim on Mr. Guay's behalf an indemnity in lieu of notice

[69] Suivant les délais minimums prescrits au deuxième alinéa de l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, un salarié qui justifie de cinq à dix ans de service continu, comme M. Guay, a droit à un préavis de quatre semaines lorsque l'employeur met fin au contrat de travail. M. Guay avait lui-même donné un délai de congé de trois semaines, ayant clairement indiqué le 15 février 2008 qu'il quitterait ses fonctions le 7 mars 2008. C'est ce que réclame la Commission en son nom — une indemnité équivalente aux trois semaines de délai de congé. Il n'a donc pas réclamé la pleine indemnité prévue aux art. 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail*.

[70] Le juge Pelletier aurait accordé une indemnité équivalente à trois semaines en se basant sur la rencontre des volontés des parties : à partir du 7 mars 2008, ce n'était plus le seul geste unilatéral de l'employeur qui expliquait la fin du contrat d'emploi, mais bien l'accord des parties (par. 45). Bien qu'intuitivement séduisante, cette approche pose problème dans la mesure où elle attribue à l'employeur l'intention de mettre fin au contrat le 7 mars 2008. Or, il est difficile d'adhérer à ce raisonnement, car Asphalte Desjardins désirait clairement que M. Guay quitte le 19 février 2008.

[71] À mon avis, il est préférable de laisser pour plus tard la question de décider si la durée du préavis prévue à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, et l'indemnité équivalente à l'art. 83, relèvent de l'ordre public de direction ou de protection. La demande de la Commission devant nous est bien circonscrite et cette question n'a pas fait l'objet d'un débat en bonne et due forme devant les instances judiciaires et n'a pas été soulevée ni plaidée par les parties devant la Cour. Il ne m'apparaît pas opportun, dans les circonstances, de se prononcer sur cet aspect.

V. Conclusion

[72] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens. La Commission peut réclamer pour M. Guay une indemnité de délai

of termination equivalent to three weeks' salary, together with the amount due in respect of annual leave, in accordance with the total amount determined by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rivest, Tellier, Paradis, Montréal.

Solicitors for the respondent: Claude J. Denis, Laval; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.

de congé équivalente à trois semaines de salaire, ainsi que la somme due au titre du congé annuel, le tout conformément au montant total déterminé par le juge de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rivest, Tellier, Paradis, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Claude J. Denis, Laval; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nelson Lloyd Hart *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Attorney General of British Columbia, Association in Defence of the Wrongly Convicted, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Canadian Civil Liberties Association and Association des avocats de la défense de Montréal *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nelson Lloyd Hart *Intimé*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association canadienne des libertés civiles et Association des avocats de la défense de Montréal *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Hart

2014 SCC 52

File No.: 35049.

2013: December 3; 2014: July 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — "Mr. Big" confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused's confessions should be excluded.

Courts — Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

Répertorié : R. *c.* Hart

2014 CSC 52

N° du greffe : 35049.

2013 : 3 décembre; 2014 : 31 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d'une opération « Monsieur Big » — Aveu par l'accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d'une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d'établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l'admissibilité d'aveux issus d'une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d'exclure les aveux de l'accusé?

Tribunaux — Procédure — Publicité des débats — Demande de l'accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d'accéder à la demande — Était-il dans l'intérêt de la bonne administration de la justice d'exclure le public de la salle d'audience? — L'omission d'accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

H's twin daughters drowned on August 4, 2002. The police immediately suspected that H was responsible for their deaths. However, they lacked the evidence needed to charge him. As a result, two years after the drowning, undercover officers began a "Mr. Big" operation by recruiting H into a fictitious criminal organization. At the time, H was unemployed and socially isolated — he rarely left home and when he did, he was in the company of his wife. After he was recruited to the organization, H worked with the undercover officers and was quickly befriended by them. Over the next four months, H participated in 63 "scenarios" with the undercover officers and was paid more than $15,000 for the work that he did for the organization. As part of that work, H was also sent on several trips across Canada — to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver. H often stayed in hotels and occasionally dined in expensive restaurants during these trips, all at the fictitious organization's expense. Over time, the undercover officers became H's best friends and H came to view them as his brothers. According to one of the undercover officers, during this time frame, H made a bald statement in which he confessed to having drowned his daughters.

Les filles jumelles de H se sont noyées le 4 août 2002. Les policiers ont immédiatement soupçonné H d'être responsable de leurs décès. Or, ils ne disposaient pas de la preuve nécessaire pour l'inculper. C'est pourquoi deux ans après les noyades, des agents banalisés ont entrepris une opération « Monsieur Big » en amenant H à se joindre à une organisation criminelle fictive. H était alors sans emploi et isolé socialement; il quittait rarement la maison et, lorsqu'il le faisait, c'était en compagnie de sa femme. Après son recrutement par l'organisation, H a commencé à travailler avec les agents banalisés et s'est rapidement lié d'amitié avec eux. Au cours des quatre mois qui ont suivi, il a pris part à 63 « scénarios » avec les agents et l'organisation l'a rémunéré à raison de plus de 15 000 $. Dans le cadre de son travail, H était aussi appelé à voyager à la grandeur du Canada et il s'est notamment rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver. Il séjournait souvent à l'hôtel et mangeait parfois dans de coûteux restaurants, toujours aux frais de l'organisation fictive. Avec le temps, les agents sont devenus les meilleurs amis de H, qui en est arrivé à les considérer comme ses frères. Selon l'un des agents, pendant le déroulement de l'opération, H a fait une simple déclaration dans laquelle il a avoué avoir noyé ses filles.

The operation culminated with a meeting akin to a job interview between H and "Mr. Big", the man purportedly at the helm of the criminal organization. During their meeting, Mr. Big interrogated H about the death of his daughters, seeking a confession from him. After initially denying responsibility, H confessed to drowning his daughters. Two days later, H went to the scene of the drowning with an undercover officer and explained how he had pushed his daughters into the water. He was arrested shortly thereafter.

L'opération a atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d'embauche — entre H et « Monsieur Big », lequel était censé être à la tête de l'organisation. Pendant l'entretien, Monsieur Big a interrogé H sur le décès de ses filles et il a cherché à obtenir un aveu de sa part. Après avoir initialement nié toute responsabilité, H a avoué avoir noyé les fillettes. Deux jours plus tard, il s'est rendu sur le lieu des noyades en compagnie d'un agent et il lui a montré comment il avait poussé les victimes à l'eau. Il a été arrêté peu après.

At trial, H's confessions were admitted into evidence. The trial judge denied H's request for permission to testify with the public excluded from the courtroom. A majority of the Court of Appeal allowed H's appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal unanimously held that the trial judge erred in refusing to allow H to testify outside the presence of the public. A majority of the court also concluded that the Mr. Big operation had breached H's right to silence under s. 7 of the *Charter*. The majority excluded two of H's confessions, the one to Mr. Big and the one to the undercover officer at the scene of the drowning. However, the majority concluded that H's bald confession was admissible and ordered a new trial.

Au procès, les aveux de H ont été admis en preuve. Le juge a rejeté sa demande visant l'exclusion du public de la salle d'audience pendant son témoignage. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de H et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a unanimement estimé que le juge du procès avait eu tort de rejeter la demande de H de témoigner à huis clos. Ses juges majoritaires ont conclu que l'opération Monsieur Big avait porté atteinte au droit de H de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont exclu deux des aveux de H, celui à Monsieur Big et celui fait à l'agent sur le lieu des noyades. Ils ont cependant opiné que la simple déclaration de H était admissible et ont ordonné un nouveau procès.

Held: The appeal should be dismissed.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner JJ.: There is agreement with the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, H should have been allowed to testify outside the presence of the public.

The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used more than a century ago, its modern use began in the 1990s and, by 2008, it had been used by police across Canada more than 350 times. The technique, used only in cases involving serious unsolved crimes, has secured confessions and convictions in hundreds of cases. The confessions wrought by the technique are often detailed and confirmed by other evidence.

However, the Mr. Big technique comes at a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions. Unreliable confessions provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. In other contexts, they have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

Mr. Big confessions are also invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in "simulated crime" and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused's character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice.

Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system. We must take reasonable steps to prevent them before they occur.

Mr. Big operations also run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. There is a risk these operations may become coercive. Thought must be given to the kinds of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

Under existing law, Mr. Big confessions are routinely admitted under the party admissions exception to the hearsay rule. Attempts to extend existing legal protections

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner : La Cour d'appel a eu raison de statuer que, dans les circonstances de l'espèce, H aurait dû pouvoir témoigner à huis clos.

La technique d'enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Sa première ébauche paraît remonter à plus d'un siècle, mais sa version moderne date des années 1990 et, jusqu'à 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada. Réservée aux crimes graves non résolus, la technique a permis d'obtenir des aveux puis des déclarations de culpabilité dans des centaines de dossiers. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d'autres éléments de preuve.

Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d'un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d'un aveu non digne de foi. L'aveu non digne de foi constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. On ne saurait ignorer que, dans d'autres contextes, des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

L'aveu issu d'une opération Monsieur Big s'accompagne invariablement d'éléments qui attestent que l'accusé a participé de son plein gré à un « crime simulé » et qu'il a vivement souhaité faire partie d'une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l'accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice.

Au Canada et à l'étranger, l'expérience enseigne qu'une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d'une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l'effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et des mesures raisonnables s'imposent pour les prévenir.

L'opération Monsieur Big comporte également un risque d'abus. L'agent banalisé offre au suspect des gratifications, notamment sous forme d'argent, pour l'amener à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l'organisation criminelle s'expose à des actes de violence. L'opération peut devenir coercitive. Il faut se pencher sur le genre de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

Dans l'état actuel du droit, les aveux obtenus grâce à une opération Monsieur Big sont couramment admis en preuve sur le fondement de l'exception à la règle du

to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses. And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused's statement to a person in authority is "voluntary" — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses.

ouï-dire qui s'applique aux déclarations de l'intéressé. On a tenté en vain d'opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d'opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu'une telle opération ne met pas en jeu le droit de l'accusé de garder le silence car il n'est pas détenu par la police au moment où il avoue. La règle des confessions, selon laquelle le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, ne s'applique pas non plus parce que, lorsqu'il avoue, l'accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier.

In sum, the law as it stands provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. A two-pronged response is needed to address the concerns with reliability, prejudice and police misconduct raised by these operations.

En somme, le droit actuel n'offre pas de protection suffisante à l'accusé qui avoue un crime dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Une démarche à deux volets s'impose pour contrer les risques liés à la fiabilité, au préjudice et au comportement policier répréhensible que comporte pareille opération.

The first prong requires recognizing a new common law rule of evidence. Under this rule, where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect.

Le premier volet consacre une nouvelle règle de preuve en common law suivant laquelle, lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable.

The probative value of a Mr. Big confession is a function of its reliability. In assessing the reliability of a Mr. Big confession, courts must first look to the circumstances in which the statement was made. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication and mental health. The question for the trial judge is whether and to what extent the reliability of the confession has been called into doubt by the circumstances in which it was made.

La valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big tient à sa fiabilité. Apprécier la fiabilité d'un tel aveu exige du tribunal qu'il examine d'abord les circonstances dans lesquelles il est intervenu, dont la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents banalisés et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l'interrogatoire, ainsi que la personnalité de l'accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale. Le juge du procès doit se demander si les circonstances permettent de douter de la fiabilité de l'aveu et, si oui, dans quelle mesure.

After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that have not been made public, or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would likely

Après l'examen des circonstances de l'aveu, le juge du procès doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte du caractère plus ou moins détaillé de l'aveu, du fait qu'il a mené ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis

not know had he or she not committed it. Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

le crime. Une preuve de corroboration n'est pas absolument nécessaire, mais lorsqu'elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l'aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l'aveu même ou dans l'ensemble de la preuve.

Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware that admitting Mr. Big confessions creates a risk of moral and reasoning prejudice. With respect to moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of "simulated crimes" that he believed were real. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence. As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury's focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred. However, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative, or by providing limiting instructions to the jury.

Apprécier l'effet préjudiciable de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l'admission de l'aveu inflige à l'accusé un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l'accusé a voulu faire partie d'une organisation criminelle et qu'il a commis nombre de « crimes simulés » qu'il croyait réels. La gravité du préjudice moral pourra s'accroître dans le cas d'une opération qui aura comporté la participation de l'accusé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l'accusé avait des antécédents de violence. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s'en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l'opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l'existence d'un événement ou d'une conversation en particulier. En revanche, il est possible d'atténuer le risque de préjudice par l'exclusion de certains éléments particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits ou par la communication de directives restrictives au jury.

In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to conduct this exercise, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l'aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s'est acquitté de sa charge de preuve. Étant donné que, après examen de la preuve offerte, le juge du procès est le plus à même de mener à bien cette entreprise, le tribunal d'appel devra faire preuve de déférence à l'égard de sa décision d'admettre ou non l'aveu issu de l'opération Monsieur Big.

This new common law rule of evidence goes a long way toward addressing the concerns with reliability, prejudice, and police misconduct that are raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems with reliability and prejudice. In addition, it takes account of police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession's probative value. However, the common law rule of evidence I have proposed does not provide a complete response to the problems raised by Mr. Big operations. On its own,

La nouvelle règle de preuve en common law répond en grande partie aux préoccupations que soulève l'opération Monsieur Big au chapitre de la fiabilité, du préjudice et du comportement policier répréhensible. Elle s'attaque sans détour aux problèmes que présente l'opération sur les plans de la fiabilité de l'aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi compte du comportement répréhensible des policiers par l'obligation qu'elle fait au ministère public de démontrer l'admissibilité de l'aveu et par l'attention qu'elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l'aveu. La nouvelle

it might suggest that abusive police conduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured.

règle de preuve proposée ne résout cependant pas tous les problèmes liés à l'opération Monsieur Big. Appliquée seule, elle peut donner à penser que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu.

The second prong of the response fills this gap by relying on the doctrine of abuse of process. The doctrine of abuse of process is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials.

Le second volet de la démarche remédie à cette éventualité par le recours à la doctrine de l'abus de procédure, qui vise à protéger l'intégrité du système de justice et l'équité du procès contre le comportement répréhensible de l'État.

Trial judges must be aware that Mr. Big operations can become abusive. It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will reach that threshold. But there is one guideline that can be suggested. In conducting an operation, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process. While violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion, operations can become abusive in other ways. Operations that prey on an accused's vulnerabilities, such as mental health problems, substance addictions, or youthfulness, can also become unacceptable.

Le juge du procès doit être conscient qu'une opération Monsieur Big peut devenir abusive. Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive, mais une ligne directrice peut être avancée. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l'accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer, ce qui équivaudrait presque assurément à un abus de procédure. La violence et la menace d'y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible, et une opération peut être abusive pour d'autres raisons. L'opération qui mise sur les points vulnérables de l'accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — peut aussi devenir inacceptable.

Unsurprisingly, the trial judge did not apply this two pronged framework in determining the admissibility of H's confessions. Nor did the parties address it in the courts below or before this Court. Nonetheless, this Court is in a position to decide whether the respondent's confessions were properly admitted. Although a new rule has emerged, the issues have not changed: the reliability of H's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us. These proceedings have also been difficult and protracted. More than a decade has passed since H's daughters died. Ordering a new trial and leaving the admissibility of H's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. That would not be in the interests of justice.

Le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche à deux volets pour statuer sur l'admissibilité des aveux de H. Les parties ne l'ont pas invoquée directement non plus devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Néanmoins, la Cour est en mesure de décider si les aveux de H ont été admis en preuve à bon droit. Une nouvelle règle s'applique, mais les questions soulevées demeurent. La fiabilité des aveux de H, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers lorsqu'ils ont mené l'opération Monsieur Big sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier de la Cour est volumineux. L'instance a été longue et difficile. Plus d'une décennie s'est écoulée depuis la mort des filles de H. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de H sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui ne servirait pas les intérêts de la justice.

Applying the new common law rule to the three confessions attributed to H, it is apparent that their probative value does not outweigh their prejudicial effect. At the time the operation began, H was unemployed and socially isolated. The operation had a transformative effect on his life, lifting him out of poverty and providing him

Au regard de la nouvelle règle de preuve en common law, il est manifeste que la valeur probante des trois aveux attribués à H ne l'emporte pas sur leur caractère préjudiciable. Au début de l'opération, H était sans emploi et isolé socialement. L'opération a transformé sa vie, l'a sorti de la pauvreté et lui a fait nouer des amitiés

with illusory friendships. These financial and social inducements provided H with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

Nor do the confessions themselves contain any markers of reliability that are capable of restoring faith in their reliability. The confessions contain internal contradictions, and there is no confirmatory evidence capable of verifying any of the details contained within the confessions. When the circumstances in which the respondent's confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt.

On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that for four months H devoted himself to trying to join a criminal organization and that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts. It is easy to see how the jury could come to view H with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of criminals. The potential for prejudice in these circumstances was significant.

On balance, the Crown has not met its onus. The probative value of H's confessions does not outweigh their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. It would be unsafe to rest a conviction on this evidence. It is accordingly unnecessary to decide whether the police conduct amounted to an abuse of process.

Having excluded H's confessions from evidence, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict H of murder. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown.

Per Cromwell J.: There is agreement with the majority's analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of Mr. Big operations. However, the admissibility of H's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the judge and the parties would have the benefit of the new framework set out in the majority's reasons.

Per Karakatsanis J.: Confessions to state agents raise particular dangers for the criminal justice system. The

factices. Ces gratifications financières et sociales l'ont irrésistiblement poussé à faire des aveux, vrais ou faux.

Les aveux ne renferment pas d'indices de fiabilité susceptibles de les rendre dignes de foi. Ils comportent des incohérences, et nul élément de corroboration ne permet de vérifier leur véracité en détail. Lorsqu'on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l'absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes.

Par ailleurs, comme tout aveu issu d'une opération Monsieur Big, les aveux de H comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés ont entendu de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, H a consacré ses efforts à tenter de se joindre à une organisation criminelle et il a participé maintes fois à ce qu'il croyait être des actes criminels. On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer H avec mépris. Voilà un homme qui se vante d'avoir tué ses fillettes de trois ans afin d'impressionner des criminels. Dans ces circonstances, le risque de préjudice est important.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de sa charge de preuve selon la prépondérance des probabilités. L'effet préjudiciable des aveux de H l'emporte sur leur valeur probante. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu'ils font courir. Il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur eux. Il n'est donc pas nécessaire de décider si le comportement des policiers a constitué un abus de procédure.

Puisque les aveux de H sont exclus de la preuve, on peut douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de déclarer H coupable de meurtre. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public.

Le juge Cromwell : Les juges majoritaires font une juste analyse du cadre juridique qui devrait s'appliquer aux déclarations obtenues d'un accusé à l'issue d'une opération Monsieur Big. Il convient cependant de statuer sur l'admissibilité des déclarations de H aux agents banalisés dans le cadre d'un nouveau procès, le juge et les parties disposant alors du nouveau cadre établi dans les motifs des juges majoritaires.

La juge Karakatsanis : L'aveu à un agent de l'État présente des risques particuliers pour le système de

very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. Yet, Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. The common law rule proposed by the majority fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. The principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

justice pénale. De par sa conception même, l'opération Monsieur Big crée des conditions qui (1) compromettent l'autonomie du suspect, (2) minent la fiabilité de l'aveu et (3) font craindre le comportement abusif de l'État. L'aveu issu d'une opération Monsieur Big n'est cependant pas soumis aux règles qui s'appliquent habituellement aux aveux à l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence. La règle de common law que proposent les juges majoritaires ne tient pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. Le principe interdisant l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

The principle against self-incrimination provides the appropriate analytical framework for several reasons. First, Mr. Big operations directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle is meant to protect. Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. Third, the principle provides an opportunity to weigh intertwined concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. Finally, it addresses suspects' rights both during the operation and at trial.

Le principe interdisant l'auto-incrimination offre le bon cadre d'analyse pour plusieurs raisons. Premièrement, l'opération Monsieur Big fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que le principe vise à défendre. Deuxièmement, l'approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe, de sorte que point n'est besoin de créer une nouvelle règle. Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée des considérations étroitement liées concernant la fiabilité, l'autonomie et le comportement de l'État. Enfin, il protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération qu'au procès.

In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, this Court identified four factors for determining whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements: adversarial relationship; coercion; reliability; and abuse of state power. While these factors should be considered together, each emphasizes a particular legal interest.

Dans *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, la Cour fait état de quatre éléments à considérer pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination : une relation de nature contradictoire, la contrainte, la fiabilité et l'abus du pouvoir de l'État. Même s'ils doivent être considérés ensemble, chacun s'attache à un intérêt juridique particulier.

The onus will be on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach.

Il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Dès lors, il incombera au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe.

As concerns the first factor, the relationship between H and the state was adversarial. As in any Mr. Big operation, the police deliberately set out to obtain a confession from him.

En ce qui concerne le premier élément, la relation entre H et l'État était de nature contradictoire. Comme dans toute opération Monsieur Big, la police a délibérément cherché à obtenir un aveu du suspect.

As for the second factor, coercion is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect

Quant au deuxième élément, la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et

and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. There will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation. The court should consider: the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social or economic disadvantages. This approach protects the autonomy of the suspect.

In this case, the trial judge concentrated on the lack of violent coercion during the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on H. These inducements were significant by anyone's measure, but must be viewed as more seriously infringing H's autonomy interests, given his extreme poverty and social isolation as well as his lack of education. The deceit employed was extensive. By preying on his vulnerabilities to such a degree, the police deprived H of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. The court must execute a gatekeeper function in assessing the risk of a false confession and corroborating evidence will usually be a prerequisite to admission. This function is important because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. They find it difficult to believe that someone would confess to a crime that he or she did not commit and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced. This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused must either let the confession stand or explain that he or she made it to continue their new criminal lifestyle. Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous and the judge must evaluate their threshold reliability to satisfy the principle against self-incrimination. Generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through coercion that overrode the suspect's autonomy interest.

In this case, H had every incentive to confess, whether he committed the crime or not. Not only was his final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. Likewise,

appelle à se demander si ce dernier avait le choix ou non de se confier aux autorités. Une certaine contrainte est presque toujours exercée lors d'une opération Monsieur Big. Le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique, ainsi que les caractéristiques du suspect, y compris tout point vulnérable d'ordre mental, physique, social ou financier. Cette approche protège l'autonomie du suspect.

En l'espèce, le juge du procès a insisté sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il a omis de tenir compte de l'effet sur H des incitations financières et sociales. Celles-ci auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais il faut y voir une atteinte accrue au droit à l'autonomie de H, eu égard à son extrême pauvreté et à son isolement social, ainsi qu'à sa faible scolarité. La police a abondamment eu recours à la tromperie. En exploitant ainsi ses points vulnérables, la police a privé H du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration obtenue. Le tribunal doit exercer une fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveux et, généralement, l'existence d'un élément de corroboration constituera une condition préalable à l'admission. Cette fonction est importante, car les jurés ont souvent du mal à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big. Ils ont généralement du mal à croire qu'une personne puisse avouer un crime qu'elle n'a pas commis et sont peu enclins à ne pas tenir compte d'un aveu même lorsqu'ils savent que celui-ci a été obtenu sous la contrainte. Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l'opération. Soit l'accusé ne conteste pas l'aveu, soit il explique l'avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel. L'aveu fait à Monsieur Big présente donc un risque particulier, et le tribunal doit déterminer son seuil de fiabilité pour respecter le principe interdisant l'auto-incrimination. En général, l'aveu ni corroboré ni vérifié n'est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l'auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité, car même une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par le recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l'autonomie.

En l'espèce, tout poussait H à passer aux aveux, qu'il ait ou non commis le crime. Non seulement l'aveu final n'est pas corroboré, mais il contredit d'autres faits établis dans le dossier. De même, l'aveu que H aurait fait le

H's April 10 confession carries many of the same reliability concerns.

Under the fourth and final factor, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether it unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him or her to physical or psychological harm. The entrapment doctrine assists by identifying factors which may be considered in examining the conduct of the state.

In this case, the police conduct was egregious and this factor especially weighs in favour of exclusion. The extreme lengths to which the police went to pursue H, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation, is troubling. This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization to witness criminals in action. This case is more akin to entrapment.

The court should consider these factors collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. The four factors above clearly point to a s. 7 violation. Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process. In this case, the threshold is met.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468

10 avril suscite en bonne partie les mêmes craintes de non-fiabilité.

En ce qui concerne le quatrième et dernier élément, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Pour décider s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut considérer attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération Monsieur Big. On doit aussi se pencher sur les autres tactiques policières discutables utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique. La doctrine de la provocation policière et les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles dans l'examen de la conduite de l'État.

La conduite de l'État était en l'espèce inadmissible, ce qui milite particulièrement en faveur de l'exclusion. Les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer H et l'exploitation des faiblesses de ce dernier lors d'une opération longue et profondément manipulatrice sont déconcertants. Il ne s'agit pas d'une opération classique où des policiers infiltrent une organisation criminelle pour être témoins d'actes criminels. Les faits s'apparentent plutôt à de la provocation policière.

Le tribunal doit examiner ces considérations globalement et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Les quatre considérations susmentionnées permettent clairement de conclure à la violation d'un droit garanti à l'art. 7. Les déclarations dont l'obtention contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). La présente affaire ne fait pas exception; le risque d'erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l'exclusion.

La doctrine de l'abus de procédure demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque le comportement de l'État est tel qu'il risque de compromettre l'intégrité du processus judiciaire. Cette condition est remplie en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. c. Bates*, 2009

A.R. 158; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, aff'g (1993), 135 N.B.R. (2d) 266; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(*b*), 11(*d*), 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

ABQB 379, 468 A.R. 158; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, conf. (1993), 135 R.N.-B. (2e) 266; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10*b*), 11*d*), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990, "coercion".

British Columbia. RCMP. "Undercover Operations" (online: http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=1&contentId=6941).

Dawson, Wendy E. "The Use of 'Mr. Big' in Undercover Operations", in *Criminal Law: Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.

Garrett, Brandon L. "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051.

Kassin, Saul M., et al. "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.

Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax: Fernwood Publishing, 2010.

Martin, G. A. "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35.

Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. "Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the 'Mr. Big' Strategy" (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.

Paciocco, David. "Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Harrington and Barry JJ.A.), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, setting aside the accused's convictions for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Frances J. Knickle, *Q.C.*, and *Elaine Reid*, for the appellant.

Jamie Merrigan and *Robby D. Ash*, for the respondent.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn. : West, 1990, « *coercion* ».

Colombie-Britannique. GRC. « Opérations d'infiltration » (en ligne : http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=4&contentId=6941).

Dawson, Wendy E. « The Use of "Mr. Big" in Undercover Operations », in *Criminal Law : Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.

Garrett, Brandon L. « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev*. 1051.

Kassin, Saul M., et al. « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), *34 Law & Hum. Behav*. 3.

Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax : Fernwood Publishing, 2010.

Martin, G. A. « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q*. 35.

Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the "Mr. Big" Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.

Paciocco, David. « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R*. (2d) 309.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Harrington et Barry), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Frances J. Knickle, *c.r.*, et *Elaine Reid*, pour l'appelante.

Jamie Merrigan et *Robby D. Ash*, pour l'intimé.

James C. Martin and *Natasha A. Thiessen*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pierre L. Bienvenue, for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Lesley A. Ruzicka, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Russell Silverstein and *Michael Dineen*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Philip Campbell and *Jonathan Dawe*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Written submissions only by *Frank Addario* and *Megan Savard*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

François Dadour and *Harout Haladjian*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein and *Matthew Gourlay*, for the *amicus curiae*.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] When conventional investigations fail to solve serious crimes, police forces in Canada have sometimes used the "Mr. Big" technique. A Mr. Big operation begins with undercover officers luring their

James C. Martin et *Natasha A. Thiessen*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre L. Bienvenue, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Russell Silverstein et *Michael Dineen*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Philip Campbell et *Jonathan Dawe*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Frank Addario* et *Megan Savard*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

François Dadour et *Harout Haladjian*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein et *Matthew Gourlay*, pour l'*amicus curiae*.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Lorsqu'une enquête traditionnelle ne permet pas de résoudre un crime grave, les forces policières canadiennes recourent parfois à la technique appelée « Monsieur Big » (en anglais, *Mr. Big*).

suspect into a fictitious criminal organization of their own making. Over the next several weeks or months, the suspect is befriended by the undercover officers. He is shown that working with the organization provides a pathway to financial rewards and close friendships. There is only one catch. The crime boss — known colloquially as "Mr. Big" — must approve the suspect's membership in the criminal organization.

L'opération s'amorce par le piège que tendent au suspect des agents banalisés en l'amenant à se joindre à une organisation criminelle fictive de leur cru. Pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, le suspect se lie d'amitié avec les agents. On lui fait valoir que travailler pour l'organisation donne accès à des avantages financiers et permet de créer des liens d'amitié étroits. Il n'y a qu'un seul hic : le chef du gang — familièrement appelé Monsieur Big — décide de l'admission d'un nouveau membre au sein de l'organisation criminelle.

[2] The operation culminates with an interview-like meeting between the suspect and Mr. Big. During the interview, Mr. Big brings up the crime the police are investigating and questions the suspect about it. Denials of guilt are dismissed, and Mr. Big presses the suspect for a confession. As Mr. Big's questioning continues, it becomes clear to the suspect that by confessing to the crime, the big prize — acceptance into the organization — awaits. If the suspect does confess, the fiction soon unravels and the suspect is arrested and charged.

[2] Le candidat est finalement convoqué par Monsieur Big à une sorte d'entretien où ce dernier lui parle du crime sous enquête policière et l'interroge à ce sujet. Monsieur Big écarte toute dénégation de culpabilité et exhorte le suspect à passer aux aveux. Au fil des questions posées par son interlocuteur, il devient évident au suspect que, s'il avoue le crime, il remportera le gros lot, soit une place au sein de l'organisation. Dès lors qu'il y a aveu, l'opération prend rapidement fin, puis le suspect est arrêté et inculpé.

[3] This case provides us with an opportunity to take an in-depth look at Mr. Big confessions and the principles that should govern their admissibility. While such operations have a long history in this country, courts have yet to create a legal framework that addresses the unique issues which accompany such confessions. As we undertake that task in this case, we must strive to achieve a just balance — one which guards against the risk of wrongful convictions that stem from false confessions but which ensures the police are not deprived of the opportunity to use their skill and ingenuity in solving serious crimes.

[3] La présente affaire nous donne l'occasion d'approfondir la question de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big et de dégager les principes qui devraient régir son admissibilité. Le recours à pareille opération au pays ne date pas d'hier, mais les cours de justice n'ont pas encore établi un cadre juridique qui tient compte des difficultés particulières que comporte l'aveu obtenu. Puisque nous entreprenons de le faire en l'espèce, il nous faut rechercher un juste équilibre qui prévient le risque de déclaration de culpabilité injustifiée inhérent à un aveu infondé, mais qui n'empêche pas la police de mettre à profit son habileté et son ingéniosité pour résoudre un crime grave.

[4] To be sure, the Mr. Big technique has proven to be an effective investigative tool. It has produced confessions and secured convictions in hundreds of cases that would otherwise have likely gone unsolved. The confessions elicited are often detailed and confirmed by other evidence. Manifestly, the technique has proved indispensible in the search for the truth.

[4] La technique Monsieur Big s'est certes révélée efficace pour obtenir des aveux et des déclarations de culpabilité dans des centaines d'affaires qui, sinon, seraient demeurées non résolues. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d'autres éléments de preuve. De toute évidence, la méthode est indispensable à la découverte de la vérité.

[5] But the technique comes with a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions.

[6] Unreliable confessions present a unique danger. They provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. Certainly in the case of conventional confessions, triers of fact have difficulty accepting that an innocent person would confess to a crime he did not commit. And yet our experience with wrongful convictions shows that innocent people can, and do, falsely confess. Unreliable confessions have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

[7] The concern about Mr. Big confessions does not end there. The confessions are invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in "simulated crime" and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused's character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice. It also creates credibility hurdles that may be difficult to overcome for an accused who chooses to testify.

[8] Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system and we must take reasonable steps to prevent them before they occur.

[9] Finally, Mr. Big operations run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. Thought must be given to the kinds

[5] Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d'un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d'un aveu non digne de foi.

[6] L'absence de fiabilité de l'aveu présente un risque particulier, car l'aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. Dans le cas d'un aveu classique, il est certes difficile au juge des faits de concevoir qu'une personne innocente avoue un crime qu'elle n'a pas commis. Et pourtant, le prononcé de déclarations de culpabilité injustifiées montre que des personnes innocentes peuvent faire de faux aveux et qu'elles le font. On ne saurait ignorer que des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

[7] Ce n'est pas la seule difficulté inhérente à l'aveu issu d'une opération Monsieur Big. L'aveu s'accompagne invariablement d'éléments qui attestent que l'accusé a participé de son plein gré à « un acte criminel simulé » et qu'il a vivement souhaité faire partie d'une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l'accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice. De plus, ils entachent sa crédibilité, ce qui peut constituer un obstacle difficile à surmonter s'il décide de témoigner.

[8] Au Canada et à l'étranger, l'expérience enseigne qu'une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d'une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l'effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et nous devons prendre des mesures raisonnables pour les prévenir.

[9] Enfin, l'opération Monsieur Big comporte également un risque d'abus. L'agent banalisé offre des gratifications, notamment sous forme d'argent, pour amener le sujet à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l'organisation criminelle s'expose à des actes de violence. Il faut en outre se pencher sur le genre

of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

[10] Against that background, I am of the view that a principled rule of evidence is required to assess the admissibility of Mr. Big confessions. For reasons that follow, I would propose that where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility will be overcome where the Crown can establish, on balance, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value is a function of its reliability. Its prejudicial effect stems from the harmful character evidence that necessarily accompanies its admission. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant.

[11] Trial judges must also carefully scrutinize the conduct of the police to determine if an abuse of process has occurred. No matter how reliable the confession, the courts cannot condone state conduct — such as physical violence — that coerces the target of a Mr. Big operation into confessing. Where an accused establishes that an abuse of process has occurred, the court can fashion an appropriate remedy, including the exclusion of the confession or a stay of proceedings.

[12] In this case, at the end of a lengthy Mr. Big operation, the respondent confessed to murdering his two young daughters. At trial, his confessions were admitted into evidence. A majority of the Newfoundland Court of Appeal concluded that two of the three confessions should have been excluded, but allowed a third confession to be introduced and, on that basis, ordered a new trial.

[13] Applying the framework I propose here, I would exclude all three of the respondent's confessions. Each of them came about in the face of overwhelming inducements. This calls into question their reliability — and there is no confirmatory

de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

[10] Dans ce contexte, j'estime qu'une règle de preuve raisonnée s'impose pour décider si un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. Pour les motifs qui suivent, lorsque l'État amène un accusé à se joindre à une organisation criminelle fictive qu'il a lui-même créée, et ce, dans le dessein de lui soutirer un aveu, je propose que l'aveu alors recueilli soit présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité pourra être réfutée si le ministère public établit, selon la prépondérance des probabilités, que la force probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. La force probante de l'aveu tient alors à sa fiabilité, alors que son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité dont il s'accompagne nécessairement s'il est admis en preuve. Si le ministère public ne peut établir que l'aveu est admissible, les autres éléments de preuve recueillis lors de l'opération Monsieur Big perdent alors toute pertinence.

[11] Le juge du procès doit également soumettre le comportement policier à un examen minutieux pour s'assurer qu'il n'y a pas eu abus de procédure. Aussi digne de foi que soit l'aveu, le tribunal ne saurait tolérer les actes de l'État — tel le recours à la violence physique — qui contraignent le suspect à avouer dans le cadre d'une opération Monsieur Big. L'accusé qui établit qu'il y a eu abus de procédure peut obtenir du tribunal une réparation appropriée, tels l'exclusion de l'aveu ou l'arrêt des procédures.

[12] Dans la présente affaire, au terme d'une longue opération Monsieur Big, l'intimé a avoué le meurtre de ses deux fillettes. Au procès, ses aveux ont été admis en preuve. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve concluent que deux des trois aveux n'auraient pas dû être admis en preuve, mais ils estiment que le troisième pouvait l'être, de sorte qu'ils ordonnent un nouveau procès.

[13] Par application du cadre d'analyse que je propose, je suis d'avis d'exclure de la preuve les trois aveux de l'intimé, car chacun a été recueilli grâce à des incitations quasi irrésistibles. Leur fiabilité est de ce fait douteuse, sans compter que

evidence capable of restoring our faith in them. As such, they carry little if any probative value. On the other hand, the bad character evidence accompanying the confessions carries with it an obvious and serious potential for prejudice. In these circumstances, the prejudicial effect of the respondent's confessions outweighs their probative value.

[14] Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Background Facts

[15] The facts in this case are important. I propose to review them in some detail.

A. *The Deaths of Karen and Krista Hart*

[16] The respondent's three-year-old twin daughters — Karen and Krista Hart — drowned on August 4, 2002. Their deaths triggered a three-year-long investigation that culminated with the respondent confessing to their murder at the end of a protracted Mr. Big operation.

[17] The respondent was the last person to see his daughters alive. On the morning of August 4, 2002, he took them to play on the swings at a park near their home in Gander, Newfoundland. There was a lake adjacent to the park. According to his wife, the respondent returned home 30 to 45 minutes later, in a panic, and told her that Krista had fallen into the water. When his wife asked where Karen was, the respondent claimed to have forgotten her at the park.

[18] The respondent and his wife raced back to the park and an ambulance was called. First responders found Karen and Krista floating in the lake several hundred meters apart from each other. By then, it was too late to save their lives.

[19] The respondent's unusual behaviour provoked the suspicion of the police. They questioned him that evening. The respondent said that when he got to the park and removed his daughters from their car seats, they ran onto a dock and Krista fell into the water. The respondent said he panicked

nul élément de corroboration n'est susceptible de les rendre dignes de foi à nos yeux. Ils ont donc peu — si toutefois ils en ont — de valeur probante. Par ailleurs, la preuve de mauvaise moralité dont se doublent les aveux risque de toute évidence d'être sérieusement préjudiciable. Dès lors, l'effet préjudiciable des aveux l'emporte sur leur valeur probante.

[14] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Le contexte factuel

[15] Les faits sont importants en l'espèce. Je les relate ci-après en détail.

A. *Les décès de Karen et Krista Hart*

[16] Les filles jumelles de l'intimé, Karen et Krista Hart, âgées de trois ans, se sont noyées le 4 août 2002. Leurs décès ont donné lieu à une enquête qui a duré trois ans et qui a débouché sur l'aveu des meurtres par l'intimé à l'issue d'une longue opération Monsieur Big.

[17] L'intimé est la dernière personne à avoir vu les fillettes vivantes. Dans la matinée du 4 août 2002, il les a amenées jouer dans les balançoires au parc situé près de leur demeure, à Gander (Terre-Neuve) et auquel un lac est adjacent. Selon son épouse, l'intimé est rentré à la maison 30 à 45 minutes plus tard, affolé, et lui a dit que Krista était tombée à l'eau. Lorsqu'elle lui a demandé où se trouvait Karen, l'intimé a prétendu l'avoir oubliée au parc.

[18] L'intimé et son épouse se sont précipités au parc et ont appelé les services ambulanciers. Les premiers répondants ont trouvé les corps de Karen et de Krista qui flottaient à la surface du lac à plusieurs centaines de mètres l'un de l'autre. Il était alors trop tard pour sauver la vie des enfants.

[19] Le comportement inusité de l'intimé a éveillé les soupçons des policiers, qui l'ont interrogé en soirée. Il leur a dit qu'une fois au parc, après avoir extrait les fillettes de leurs sièges d'auto, celles-ci s'étaient précipitées sur le quai, puis Krista était tombée à l'eau. Il a dit avoir paniqué parce qu'il ne

because he could not swim, so he ran back to his car and drove home to get his wife, forgetting Karen on the dock. The police remained unconvinced and asked the respondent why he did not call for help using either of the cell phones that were found in his car. The respondent explained that his phone did not have any minutes on it, and that the other phone did not belong to him. He also said that he never thought of stopping at a nearby restaurant or hospital for help instead of driving all the way home to get his wife. When the police confronted him directly, the respondent denied that he had drowned his daughters.

[20] The police were convinced that the respondent killed his daughters and lied to them during his first interview. They questioned him again on September 12, 2002. During the interrogation, which lasted approximately eight hours, the police told the respondent they had no doubt about his guilt and urged him to confess. The respondent stood firm.

[21] Two weeks later, however, the respondent changed his story. He contacted the police and volunteered that he had not been truthful in his previous statements. He told the police that he had a seizure at the park after he removed his daughters from the car. When the seizure passed and he "[came] to", he was "dopey" but he could see one of his daughters "in the water". His only thought was to drive home to his wife. He explained that he had lied in his earlier statements because he did not want to lose his driver's licence. The respondent suffers from epilepsy and his licence has been suspended on previous occasions because of his condition.

[22] The police remained convinced of the respondent's guilt, but they did not have sufficient evidence to charge him. The investigation went cold.

B. *The Mr. Big Operation*

[23] Two years later, the police rekindled the investigation after deciding to target the respondent in a Mr. Big operation. The preliminary stages of

savait pas nager, de sorte qu'il avait regagné sa voiture en courant pour retourner à la maison chercher son épouse, oubliant Karen sur le quai. Guère convaincus, les policiers lui ont demandé pourquoi il n'avait pas appelé les secours au moyen de l'un des téléphones portables trouvés dans sa voiture. L'intimé a expliqué que son portable n'avait plus de temps d'utilisation et que l'autre ne lui appartenait pas. Il a ajouté n'avoir jamais pensé à s'arrêter au restaurant ou à l'hôpital situés à proximité pour demander des secours plutôt que de retourner chez lui chercher sa femme. Lorsque les policiers lui ont carrément demandé s'il avait noyé les fillettes, l'intimé l'a nié.

[20] Les policiers demeuraient convaincus que l'intimé avait assassiné les fillettes et qu'il leur avait menti lors du premier interrogatoire. Ils l'ont interrogé à nouveau le 12 septembre 2002, pendant environ huit heures. Ils lui ont alors dit ne douter aucunement de sa culpabilité et ils l'ont pressé d'avouer. L'intimé a maintenu sa version des faits.

[21] Deux semaines plus tard, l'intimé a toutefois modifié son récit. Il a communiqué avec les policiers et a reconnu de son propre chef ne pas avoir dit toute la vérité lors de ses déclarations précédentes. Il leur a dit qu'il avait eu une crise d'épilepsie au parc après avoir fait descendre les fillettes de la voiture. Une fois la crise passée, il se sentait encore [TRADUCTION] « abruti » mais avait pu apercevoir l'une de ses filles « dans l'eau ». Sa seule idée avait été de rentrer chercher sa conjointe. Il a expliqué avoir menti parce qu'il ne voulait pas perdre son permis de conduire. L'intimé souffre d'épilepsie, et son permis de conduire a été suspendu à quelques reprises pour ce motif.

[22] La police est demeurée convaincue de la culpabilité de l'intimé, mais la preuve n'était pas suffisante pour l'inculper. L'enquête a été mise en veilleuse.

B. *L'opération Monsieur Big*

[23] Deux ans plus tard, la police a relancé l'enquête après avoir décidé de soumettre l'intimé à une opération Monsieur Big. Les premières

the undercover operation began in December 2004 when officers conducted several weeks of "lifestyle" surveillance on the respondent. The surveillance revealed that the respondent was on social assistance and that he was socially isolated — he rarely left home, and when he did he was accompanied by his wife.

[24] Undercover officers made their first move in February 2005. An officer, whom I will call "Jim", approached the respondent outside of a convenience store.[1] Jim asked the respondent to help him look for his missing sister. The respondent obliged and was paid $50. During the day, Jim told the respondent that he owned a trucking company and that he needed a driver. The respondent volunteered for the job.

[25] The goal of the operation over the next several weeks was to develop a relationship between the respondent and the undercover officers. The respondent worked for Jim and drove truckloads of goods for him from one location to another. He was introduced to another undercover officer, whom I will call "Paul", whose role was to work with him and become his "best friend".[2] Initially, the respondent sought to bring his wife with him when he did deliveries, but early on, Jim and Paul forbade him from doing so.

[26] Around the same time, Jim and Paul revealed that they were part of a criminal organization and that there was a "boss" who headed up their operations. Thereafter, the respondent participated in simulated criminal activity with the officers, delivering trucks that purportedly contained smuggled alcohol and packages with stolen credit cards.

[27] The financial rewards that flowed from working with the organization quickly became apparent. In February and March, the respondent travelled to St. John's and Halifax, spending several nights in hotels paid for by his benefactors and enjoying

1 The officer's name is protected by a publication ban.

2 This officer's name is also protected by the publication ban.

mesures ont été prises en décembre 2004 lorsque des agents banalisés ont mis l'intimé sous surveillance pendant plusieurs semaines pour connaître son « mode de vie ». Ils ont constaté que l'intimé était prestataire d'aide sociale et qu'il était isolé socialement — il ne quittait la maison que rarement et toujours en compagnie de sa femme.

[24] Les agents sont entrés en scène en février 2005. L'un deux, que j'appellerai « Jim », a abordé l'intimé à l'extérieur d'un dépanneur[1]. Il lui a demandé de l'aider à retrouver sa sœur disparue. L'intimé a accepté et touché 50 $ en contrepartie. Pendant la journée, Jim lui a dit posséder une entreprise de camionnage et avoir besoin d'un conducteur. L'intimé lui a offert ses services.

[25] Au cours des quelques semaines qui ont suivi, le but de l'opération consistait à tisser des liens entre l'intimé et les agents. L'intimé a travaillé pour Jim et transporté des marchandises d'un endroit à un autre. Il a été présenté à un autre agent, que j'appellerai « Paul », dont le rôle était de faire équipe avec lui et de devenir son « meilleur ami »[2]. Au départ, l'intimé a voulu emmener sa femme lors des livraisons, mais Jim et Paul s'y sont rapidement opposés.

[26] À peu près au même moment, Jim et Paul lui ont révélé qu'ils étaient membres d'une organisation criminelle dont un [TRADUCTION] « patron » dirigeait les activités. Par la suite, l'intimé a participé avec eux à des activités criminelles simulées et conduit à destination des camions censés contenir de l'alcool de contrebande et des colis renfermant des cartes de crédit volées.

[27] Les avantages financiers de l'appartenance à l'organisation sont vite devenus évidents. En février et en mars, l'intimé s'est rendu à St. John's et à Halifax, où il a séjourné plusieurs nuits à l'hôtel aux frais de ses bienfaiteurs et partagé

1 L'identité de l'agent est protégée par une interdiction de publication.

2 L'identité de l'agent est également protégée par l'interdiction de publication.

frequent dinners with Jim and Paul. In the two month period, he was paid approximately $4,470 for his work.

[28] By the beginning of April, the respondent was fully immersed in his new fictitious life. The respondent would "constant[ly]" tell Jim that he loved him. At a dinner with Jim and Paul, he told both officers that they were "brothers" to him and that there was nowhere else in the world he would rather be. He raised a toast to the boss.

[29] On April 10, 2005, according to Jim, the respondent confessed to murdering his daughters. That night, the respondent had dinner with Jim. Jim told the respondent that their organization was involved with prostitution in Montreal, and that if prostitutes were dishonest, the organization had to deal with them. Jim claimed that he had assaulted a prostitute himself, and that bad things sometimes had to be done. The respondent informed Jim that he had no problem getting his hands dirty. He too had done terrible things in the past. At that point, he produced a picture of his daughters from his wallet and told Jim that they were both dead. He confided that he had planned their murder and carried it out.[3]

[30] The operation continued over the next two months. Jim and Paul constantly preached the importance of trust, honesty and loyalty within the organization. Those who were not trustworthy were met with violence. On one occasion, Jim slapped another undercover officer across the face in front of the respondent, ostensibly because he had spoken to others about their business dealings.

[31] In the middle of May 2005, the operation began building towards the climatic meeting with Mr. Big. During a trip to Vancouver, Jim told the respondent that there was a "big deal" coming in the future that would "set [the respondent] financially". The respondent was told he would be paid between $20,000 and $25,000 if he participated. Later on, while on a trip to Toronto, the respondent was

3 This conversation was not recorded. The respondent denied that this confession occurred.

plusieurs repas avec Jim et Paul. Sur une période de deux mois, il a touché une rémunération d'environ 4 470 $.

[28] Au début d'avril, l'intimé était totalement intégré à son nouvel univers fictif. Il répétait [TRADUCTION] « constamment » à Jim qu'il avait de l'affection pour lui. Lors d'un repas avec Jim et Paul, il leur a dit qu'il les considérait comme ses « frères » et qu'il n'aurait voulu se trouver nulle part ailleurs dans le monde. Il a levé son verre à la santé du patron.

[29] Selon Jim, le 10 avril 2005, l'intimé a avoué le meurtre de ses filles. Ce soir-là, les deux ont dîné ensemble. Jim a dit à l'intimé que l'organisation était impliquée dans des activités de prostitution à Montréal et que lorsqu'une prostituée se montrait déloyale, l'organisation devait sévir. Jim a révélé qu'il avait lui-même agressé une prostituée et qu'il fallait parfois se livrer à des actes répréhensibles. L'intimé a fait savoir à Jim qu'il n'avait pas de scrupule à se salir les mains et que lui aussi avait fait des choses terribles dans le passé. Il a alors sorti de son portefeuille une photographie de ses filles et dit à Jim qu'elles étaient mortes toutes les deux. Il a confié avoir planifié leur assassinat puis avoir mis son plan à exécution[3].

[30] L'opération s'est poursuivie encore deux mois. Jim et Paul revenaient sans cesse sur l'importance de la confiance, de l'honnêteté et de la loyauté au sein de l'organisation. Ceux qui ne se montraient pas dignes de confiance s'exposaient à des actes de violence. Une fois, Jim a giflé un autre agent en présence de l'intimé, supposément parce qu'il avait parlé de leurs activités à des tiers.

[31] À la mi-mai 2005, la rencontre déterminante avec Monsieur Big se profilait enfin à l'horizon. Au cours d'un voyage à Vancouver, Jim a parlé à l'intimé d'une [TRADUCTION] « affaire importante qui assurerait sa sécurité financière ». Entre 20 000 $ et 25 000 $ lui seraient versés s'il y participait. Un peu plus tard, lors d'un voyage à Toronto, on lui a montré la somme de 175 000 $ en numéraire et on

3 La conversation n'a pas été enregistrée. L'intimé a nié qu'elle ait eu lieu.

shown $175,000 in cash. The money was said to be a down payment toward the impending deal.

[32] Jim informed the respondent that he would only be allowed to participate in the deal if Mr. Big gave his approval. Jim took the respondent's licence and social insurance number so the organization could perform a background check to see if he had any "heat" on him or was a "rat". In early June, while in Montreal, Jim told the respondent that Mr. Big had checked into him and that he had found a problem. The respondent would not be allowed to work with the organization until the issue was resolved. The respondent did not know what the problem was, but he became very concerned that he would not be involved in the impending deal.

[33] The respondent met with Mr. Big on June 9, 2005. Jim told the respondent that Mr. Big was going to question him about the problem that had been uncovered during his background check. Jim urged the respondent to be honest with Mr. Big.

[34] At the beginning of the meeting, the respondent expressed his gratitude to Mr. Big, telling him that his life had turned around since he started working for the organization. Mr. Big shifted the topic of the conversation to the death of the respondent's daughters. He told the respondent that there might be some "heat" coming regarding their deaths and he asked the respondent why he killed his daughters. The respondent replied that he had suffered a seizure, implying that their deaths were accidental. Mr. Big dismissed this explanation and told the respondent not to "lie" to him.

[35] After some further prodding by Mr. Big, the respondent confessed to killing his daughters. He explained that he had done so because he feared Child Welfare was going to take his daughters from him and place them with his brother. When the respondent was asked how he killed his daughters, he said that they "fell" over the wharf at the park. Mr. Big pressed the respondent for more details, and the respondent explained that he "struck" his daughters with his shoulder and that they fell over the wharf into the water.

lui a dit qu'il s'agissait d'un acompte pour l'affaire dont la conclusion était imminente.

[32] Jim a informé l'intimé qu'il ne pouvait participer à l'opération que si Monsieur Big y consentait. Il a noté les numéros de permis de conduire et d'assurance sociale de l'intimé de façon que l'organisation puisse vérifier ses antécédents et savoir s'il était dans [TRADUCTION] « la mire des policiers » ou s'il était un « mouchard ». Au début juin, alors qu'ils étaient de passage à Montréal, Jim a dit à l'intimé que Monsieur Big avait fait les vérifications en question et découvert un problème. L'intimé n'était plus admis à travailler pour l'organisation tant que le problème n'était pas réglé. Sans connaître la nature du problème, l'intimé est devenu très inquiet à l'idée de ne pas participer à l'affaire imminente.

[33] L'intimé a rencontré Monsieur Big le 9 juin 2005. Jim lui avait dit que Monsieur Big le questionnerait sur le problème découvert lors de la vérification de ses antécédents. Il l'avait exhorté à faire preuve d'honnêteté.

[34] Au début de la rencontre, l'intimé a exprimé sa gratitude pour la métamorphose que le travail pour l'organisation avait opéré dans sa vie. Monsieur Big a fait dévier la conversation sur le sujet de la mort des fillettes de l'intimé. Il lui a dit qu'il pourrait se retrouver dans « la mire de la police » et lui a demandé pourquoi il avait tué ses enfants. L'intimé a répondu qu'il avait eu une crise d'épilepsie, laissant entendre que les décès étaient accidentels. Monsieur Big s'est montré incrédule et lui a enjoint de ne pas [TRADUCTION] « mentir ».

[35] Après que Monsieur Big l'y eut encore incité, l'intimé a avoué le meurtre des fillettes. Il a expliqué qu'il avait craint que la Protection de l'enfance ne lui retire leur garde pour la confier à son frère. Questionné sur la manière dont il avait procédé, il a répondu qu'elles étaient [TRADUCTION] « tombées » du quai lorsqu'ils étaient au parc. Monsieur Big a insisté pour qu'il donne plus de détails, et l'intimé a expliqué qu'il les avait « bousculées » de l'épaule et qu'elles étaient tombées à l'eau.

[36] Two days later, on June 11, 2005, the respondent returned with Jim to the park where his daughters drowned. Jim had the respondent re-enact how the drowning occurred. During the re-enactment, Jim knelt down and the respondent demonstrated how he pushed his daughters into the water by nudging Jim with his knee.

[37] On June 13, the respondent was arrested and charged with two counts of first degree murder. The police allowed the respondent to make a phone call, and his first call for help went to Jim.

[38] The respondent's arrest came four months after the Mr. Big operation began and nearly three years after his daughters died. During the course of the Mr. Big operation, the respondent participated in 63 "scenarios" with the undercover officers. The operation saw him travel to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver, where he stayed in hotels and dined frequently in some of the country's finest restaurants. In total, the respondent was paid $15,720 for his work. The police also paid an unknown amount for the respondent's hotels, room service, dinners, trips to the casino, and transportation. The total cost of the operation was $413,268.

[39] At trial, the confessions the respondent made during the Mr. Big operation were admitted into evidence and he was convicted by a jury of two counts of first degree murder.

III. Proceedings Below

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador Trial Division, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[40] The respondent moved at trial to have the confessions he made during the Mr. Big operation excluded from evidence. The respondent argued that the intimidating and threatening conduct of the officers throughout the Mr. Big operation was oppressive and led to a "fundamental breach" of his rights

[36] Deux jours plus tard, soit le 11 juin 2005, l'intimé est retourné avec Jim au parc où ses filles s'étaient noyées. Jim a amené l'intimé à reconstituer les faits. Il s'est alors agenouillé, et l'intimé lui a montré comment il avait fait tomber les fillettes dans l'eau en lui donnant un petit coup de genou.

[37] Le 13 juin, l'intimé a été arrêté et inculpé de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Les policiers lui ont permis de passer un coup de fil, et c'est à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[38] L'arrestation a eu lieu quatre mois après le début de l'opération Monsieur Big et près de trois ans après le décès des fillettes. Dans le cadre de cette opération, l'intimé et les agents ont pris part à 63 « scénarios ». L'intimé s'est rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver, où il a séjourné à l'hôtel et pris maints repas dans certains des meilleurs restaurants du pays. Au total, l'intimé a touché une rémunération de 15 720 $. La police a également versé une somme indéterminée pour son hébergement à l'hôtel, le service à sa chambre, ses repas, ses visites au casino et ses déplacements. Le coût de l'opération s'élève globalement à 413 268 $.

[39] Au procès, les aveux de l'intimé recueillis dans le cadre de l'opération ont été admis en preuve, et le jury a déclaré l'intimé coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Section de première instance, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[40] Au procès, l'intimé a demandé que les aveux issus de l'opération Monsieur Big soient exclus de la preuve. Il a fait valoir que la conduite intimidante et menaçante des agents tout au long de l'opération avait été oppressive et qu'il en avait résulté une [TRADUCTION] « atteinte fondamentale » à ses

under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (para. 43). He also argued that this same conduct rendered his confessions inadmissible under the principled approach to the rule against hearsay, as the threatening police conduct made his confessions unreliable. The respondent testified on the *voir dire* and explained that he worked for the fictitious criminal organization because he was making good money and he was afraid of Jim and Paul. He denied confessing to Jim on April 10, 2005 and said that he had lied in his confessions on June 9 and 11, 2005 because he was afraid of Mr. Big.

[41] The trial judge denied the respondent's application. He rejected the respondent's evidence that he felt threatened and intimidated by the undercover operatives. Instead, he found that the respondent had bonded with them and continually sought more work from them. In addition, the trial judge found that the respondent was given a number of chances to leave the operation but he made no effort to do so.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[42] Towards the end of his trial, the respondent brought an application requesting that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. A *voir dire* was held and the respondent gave evidence. He explained that he wanted the public excluded during his testimony because he had never been good at "talk[ing] in front of a crowd". He said he would get "frustrated", "confused", and "all tangled up". He worried that the pressure of testifying in front of a courtroom full of people would cause him to have a seizure.

[43] The trial judge denied the respondent's application. The trial judge commented that he was "reluctant" to prevent the public from "hear[ing]" the respondent's evidence. In his view, "stress" was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. He also noted that the respondent had already given evidence in front of the public on the *voir dire* into the admissibility of his confessions and at his bail hearing.

droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 43). Il a ajouté que cette même conduite rendait ses aveux inadmissibles suivant l'approche raisonnée qui s'applique en matière de ouï-dire, car le comportement menaçant de la police en faisait des aveux non dignes de foi. Il a témoigné lors du voir-dire et expliqué qu'il avait travaillé pour l'organisation criminelle fictive parce qu'elle lui permettait de gagner beaucoup d'argent et qu'il craignait Jim et Paul. Il a nié avoir avoué les meurtres à Jim le 10 avril 2005, et a soutenu avoir menti les 9 et 11 juin 2005 parce qu'il craignait Monsieur Big.

[41] Le juge du procès a rejeté la demande de l'intimé. Il a écarté son témoignage selon lequel il s'était senti menacé et intimidé par les agents. Il a plutôt estimé que l'intimé s'était lié avec eux et leur avait sans cesse demandé de lui confier de nouvelles tâches. De plus, il a conclu que l'intimé aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens.

(2) Témoignage à huis clos

[42] Vers la fin du procès, l'intimé a demandé à témoigner à huis clos. Un voir-dire a eu lieu. L'intimé y a témoigné et a expliqué qu'il ne voulait pas que le public assiste à son témoignage parce qu'il n'avait jamais su [TRADUCTION] « s'exprimer devant une foule », que cela le « frustrait », le rendait « incohérent » et l'« embrouillait ». Il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d'audience ne déclenche chez lui une crise d'épilepsie.

[43] Le juge du procès a refusé le huis clos. Il a dit être [TRADUCTION] « réticent » à empêcher le public d'« entendre » le témoignage de l'intimé. À son avis, le « stress » ne constituait pas un motif susceptible de justifier l'exclusion du public de la salle d'audience. Il a aussi fait observer que l'intimé avait déjà témoigné en public lors du voir-dire sur l'admissibilité de ses aveux et lors de l'enquête sur cautionnement.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador, Court of Appeal, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[44] At the Court of Appeal, the respondent argued that the confessions he made during the Mr. Big operation ought to have been excluded because they were obtained in breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter*. Green C.J., writing for himself and Harrington J.A., allowed the appeal on this ground.

[45] The majority held that the protection afforded by the right to silence could be extended beyond situations where an individual had been detained by the state. In the majority's view, the question was not whether the respondent was "det[ained]" at the time of his confession to Mr. Big, but whether he was under "state control" (para. 198). In so concluding, the majority borrowed from the test articulated by this Court in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, to determine if a breach of his s. 7 right to silence had occurred.

[46] On the facts, the majority found that the respondent was clearly under state control when he confessed to Mr. Big. After considering the factors from *White*, the majority concluded a breach of s. 7 had occurred. As a result, the majority turned to s. 24(2) of the *Charter* and concluded that admitting the respondent's June 9 and 11, 2005 confessions would bring the administration of justice into disrepute.

[47] Barry J.A. dissented on the issue of the admissibility of the respondent's confessions. In his view, the respondent's right to silence was not triggered prior to detention. Moreover, the trial judge's finding that the respondent had numerous chances to leave the operation but made no effort to do so were findings of fact entitled to considerable deference on appeal. Even if the "state control" test was applicable, Barry J.A. would not have found a s. 7 violation.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Cour d'appel, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[44] En Cour d'appel, l'intimé a soutenu que ses aveux auraient dû être exclus de la preuve parce qu'ils avaient été obtenus au mépris de son droit de garder le silence garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge en chef Green, avec l'accord du juge Harrington, a accueilli le pourvoi pour ce motif.

[45] Les juges majoritaires concluent que la protection assurée par le droit de garder le silence peut s'appliquer dans d'autres situations que celle où une personne est détenue par l'État. À leur avis, la question n'est pas celle de savoir si l'intimé était [TRADUCTION] « détenu » au moment où il s'est confié à Monsieur Big, mais bien s'il était alors sous le « contrôle de l'État » (par. 198). Ils reprennent les conditions énoncées par la Cour dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, pour déterminer s'il y a eu atteinte ou non au droit de garder le silence garanti à l'art. 7.

[46] Au vu des faits, les juges majoritaires statuent que l'intimé était manifestement sous le contrôle de l'État lorsqu'il est passé aux aveux. Ils s'appuient sur les conditions tirées de l'arrêt *White* pour conclure à l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Ils appliquent donc le par. 24(2) de la *Charte* et opinent que l'admission en preuve des aveux obtenus les 9 et 11 juin 2005 aurait pour résultat de déconsidérer l'administration de la justice.

[47] Dissident sur la question de l'admissibilité des aveux, le juge Barry estime que l'intimé ne bénéficiait pas du droit de garder le silence avant sa mise sous garde. Il ajoute que la conclusion du juge du procès portant que l'intimé avait maintes fois eu l'occasion de se soustraire à l'opération, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens, est de nature factuelle et commande une grande déférence. Même au regard du critère fondé sur le « contrôle de l'État », il n'est pas d'avis qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[48] The Court of Appeal unanimously found that the trial judge unreasonably denied the respondent's application to testify with the public excluded from the courtroom. Barry J.A., with whom the majority agreed, held that fairness in this case required that the respondent have the opportunity to present his evidence as "clearly as possible" (para. 125). The respondent's history with seizures, his evidence that he became confused and had difficulty thinking straight in front of a crowd, the importance of any explanation he could provide regarding his confessions to Mr. Big, and the prejudice that would result if he resiled from his commitment made in the presence of the jury that he planned to testify, all weighed in favour of granting his request.

IV. Issues

[49] The Crown was granted leave to appeal on the following two issues:

(1) Did the trial judge err in admitting the confessions made by the respondent during the Mr. Big operation?

(2) Did the trial judge err in precluding the respondent from testifying with the public excluded from the courtroom?

V. Analysis

[50] While the crux of this appeal involves the respondent's confessions during the Mr. Big operation, I begin with his request to testify with the public excluded from the courtroom. That aspect of the appeal is straightforward and can be dealt with briefly.

A. *Testifying With the Public Excluded From the Courtroom*

[51] While the importance of the open court principle cannot be doubted, s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides trial judges with a discretion to exclude the public from the

(2) Témoignage à huis clos

[48] La Cour d'appel conclut à l'unanimité au caractère déraisonnable de la décision du juge du procès de rejeter la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Le juge Barry, auquel se rallient les juges majoritaires, statue que l'équité exigeait en l'espèce que l'intimé puisse présenter sa preuve [TRADUCTION] « aussi clairement que possible » (par. 125). L'épilepsie dont souffrait l'intimé, sa déclaration selon laquelle la présence d'un auditoire l'embrouillait et l'empêchait de bien réfléchir, l'importance de toute explication de ses aveux à Monsieur Big et l'effet préjudiciable de revenir sur l'engagement de témoigner pris en présence du jury auraient dû amener le juge à faire droit à la demande.

IV. Questions en litige

[49] Le ministère public a obtenu l'autorisation d'interjeter appel sur les deux questions suivantes :

(1) Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre en preuve les aveux de l'intimé issus de l'opération Monsieur Big?

(2) A-t-il eu tort de refuser d'entendre le témoignage de l'intimé à huis clos?

V. Analyse

[50] Même si le pourvoi porte essentiellement sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big, j'examine d'abord la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Ce volet de l'appel est relativement simple, et la question peut être tranchée brièvement.

A. *Témoignage à huis clos*

[51] Malgré l'importance certaine du principe de la publicité des débats judiciaires, le par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire qui lui

courtroom in several circumstances, including where such an order is in the interests of "the proper administration of justice". In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, this Court set out three factors trial judges are to consider in making such an order: (1) the availability of reasonable and effective alternatives; (2) whether the order is limited as much as possible; and (3) the importance of the order's objectives and its probable effects when weighed against the importance of openness and the particular expression that will be limited.

[52] In this case, the trial judge denied the respondent's request, noting that "stress" was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. In consequence, the respondent did not testify.

[53] A trial judge's decision under s. 486(1) is entitled to deference and "should not lightly be interfered with" (*Canadian Broadcasting Corp.*, at para. 78). Here, however, I am respectfully of the view that the trial judge erred in refusing the respondent's request. The trial judge's error lay at the third stage of the test. To begin, the respondent's testimony was critically important in the circumstances of this case. If he was to be acquitted, the jury would have to believe, or at least have a reasonable doubt, that the confessions he made during the Mr. Big operation were false. Testifying in order to disavow them was a near tactical necessity for the respondent. The respondent sought to testify outside of the presence of the public in part because he was concerned that the stress of testifying in front of a full courtroom would cause him to have a seizure. It was incumbent on the trial judge, in the unique circumstances of this case, to take reasonable steps to accommodate the respondent's disability and to facilitate his testimony.

[54] Unfortunately, the trial judge mistook the nature of the respondent's request, as is apparent from his comment that he was reluctant to prevent the public from "hear[ing]" the respondent's evidence. The respondent was not asking that the public be completely foreclosed from hearing his evidence.

permet d'exclure le public de la salle d'audience dans certains cas, notamment lorsque la mesure est dans l'intérêt de « la bonne administration de la justice ». Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour énonce trois éléments à considérer avant de rendre une ordonnance en ce sens : (1) l'existence d'autres mesures raisonnables et efficaces, (2) la portée aussi circonscrite que possible de l'ordonnance et (3) l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables par rapport à celle de la publicité des débats et de l'activité d'expression qui sera restreinte.

[52] En l'espèce, le juge du procès a refusé le huis clos à l'intimé. Il a fait observer que le « stress » ne justifiait pas l'exclusion du public de la salle d'audience. L'intimé n'a donc pas témoigné.

[53] La décision d'un juge du procès fondée sur le par. 486(1) commande la déférence et « il ne fau[t] pas intervenir à la légère » (*Société Radio-Canada*, par. 78). Or, soit dit en tout respect, j'estime que, en l'espèce, le juge a eu tort de rejeter la demande de l'intimé et que c'est au regard du troisième élément qu'il a commis une erreur. Le témoignage de l'intimé revêtait une importance cruciale dans les circonstances de l'affaire. Pour qu'il y ait acquittement, le jury devait être convaincu de la fausseté des aveux issus de l'opération Monsieur Big ou, du moins, douter raisonnablement de leur véracité. Sur le plan tactique, il était presque nécessaire que l'intimé témoigne pour répudier ses aveux. Il a demandé à témoigner à huis clos, notamment parce qu'il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d'audience ne déclenche chez lui une crise d'épilepsie. Dans les circonstances propres à la présente affaire, il incombait au juge de prendre des mesures raisonnables pour tenir compte de la déficience de l'intimé et faciliter son témoignage.

[54] Le juge du procès s'est malheureusement mépris sur la nature de la demande, comme en fait foi sa remarque selon laquelle il était réticent à empêcher le public d'[TRADUCTION] « entendre » le témoignage de l'intimé. Or, la demande ne visait pas à empêcher totalement le public d'entendre le

Rather, he simply wanted to testify outside of their physical presence. As such, his evidence could have been made available to the public, while granting his request, by broadcasting his testimony into another courtroom on closed circuit television. In the particular circumstances of this case, granting the accommodation sought would not, in my view, have undermined the open court principle.

[55] As a result, I agree with the conclusion of the Court of Appeal. This error alone necessitates a new trial.

B. *The Admissibility of the Mr. Big Confessions*

(1) Mr. Big Operations in Canada

[56] The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used by the police as far back as 1901, its modern use began in the 1990s and has continued since then (see *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.), at p. 523). According to the B.C. RCMP, the technique has been used across Canada on more than 350 occasions as of 2008.[4]

[57] The technique tends to follow a similar script in each case. Undercover officers conduct surveillance on a suspect in order to gather information about his or her habits and circumstances. Next, they approach the suspect and attempt to cultivate a relationship. The suspect and the undercover officers socialize and begin to work together, and the suspect is introduced to the idea that the officers work for a criminal organization that is run by their boss — "Mr. Big". The suspect works for the criminal organization and is assigned simple and apparently illegal tasks — serving as a lookout, delivering packages, or counting large sums of money are common examples. As occurred in this case, this stage of the operation can last for several months. See T. E. Moore, P. Copeland and R. A. Schuller, "Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the 'Mr. Big'

4 "Undercover Operations", B.C. RCMP (online).

témoignage, mais à ce que l'intimé témoigne hors de la présence du public. Ainsi, le juge aurait pu faire droit à la demande mais rendre le témoignage accessible au public par sa diffusion en circuit fermé dans une autre salle d'audience. Dans les circonstances particulières de l'espèce, accorder la mesure demandée n'aurait pas compromis, selon moi, la publicité des débats judiciaires.

[55] Conséquemment, je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel. Cette seule erreur commande un nouveau procès.

B. *Admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big*

(1) Le recours à l'opération Monsieur Big au Canada

[56] La technique d'enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Bien que sa première ébauche paraisse remonter à 1901, sa version moderne date des années 1990, et la police continue d'y recourir depuis (voir *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.), p. 523). Selon la GRC en Colombie-Britannique, en 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada[4].

[57] Le scénario est à peu près le même chaque fois. Des agents banalisés surveillent un suspect en vue de recueillir des renseignements sur ses habitudes et sur son mode de vie. Ils l'abordent ensuite et tentent de créer des liens avec lui. Le suspect et les agents socialisent et commencent à travailler ensemble; les agents font croire au suspect qu'ils travaillent pour une organisation criminelle que dirige un certain Monsieur Big. Le suspect travaille pour l'organisation criminelle, et on lui confie des tâches simples et apparemment illégales telles que faire le guet, livrer des colis ou compter d'importantes sommes d'argent. Cette étape de l'opération peut durer plusieurs mois, ce qui a été le cas en l'espèce. Voir T. E. Moore, P. Copeland et R. A. Schuller, « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the "Mr. Big" Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.*

4 « Opérations d'infiltration », GRC en Colombie-Britannique (en ligne).

Strategy" (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348, at pp. 351-52; K. T. Keenan and J. Brockman, *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), at p. 19.

[58] As the operation wears on, the suspect is offered increasing responsibility and financial rewards. By flying the suspect across the country, putting him up in hotels, and taking him to expensive restaurants, undercover officers show the suspect that working with the group provides a life of luxury and close friendships. All the while, the suspect is constantly reminded that his or her ultimate acceptance into the group depends on Mr. Big's approval (see Keenan and Brockman, at p. 20).

[59] Throughout the operation, the suspect is also told that the organization demands honesty, trust and loyalty from its members. An aura of violence is cultivated to reinforce these values. Officers teach the suspect that those who betray the trust of the organization are met with violence. They do this by telling the suspect that the organization kills "rats", or by exposing him to simulated acts of violence perpetrated by members of the organization against other undercover officers as punishment for imagined betrayals (see, e.g., Moore, Copeland and Schuller, at pp. 356-57). *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, provides a stark example. In that case, undercover officers simulated an assault on a woman who had crossed the criminal organization. During the beating, officers threatened to kill the woman, her husband, and her infant child. The accused watched as undercover officers threw the bloodied woman into the trunk of a car.

[60] Once the stage is set, the operation culminates in a meeting, akin to a job interview, between the suspect and Mr. Big. Invariably during these meetings, Mr. Big expresses concern about the suspect's criminal past and the particular crime under investigation by the police. As the meeting unfolds, it becomes clear that confessing to the crime provides a ticket into the criminal organization and safety from the police. Suspects may be told that Mr. Big has conclusive evidence of

348, p. 351-352; K. T. Keenan et J. Brockman, *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), p. 19.

[58] Avec le temps, on finit par offrir au suspect de plus en plus de responsabilités et d'avantages financiers. En lui faisant parcourir le pays en avion, en le logeant à l'hôtel et en l'invitant dans des restaurants coûteux, les agents montrent au suspect que travailler pour l'organisation permet de faire la grande vie et de nouer de solides amitiés. Simultanément, on rappelle constamment au suspect que son admission dans le groupe dépend au final de la décision de Monsieur Big (voir Keenan et Brockman, p. 20).

[59] Tout au long de l'opération, le suspect se fait rappeler que l'organisation exige de ses membres honnêteté, confiance et loyauté. Un climat de violence est entretenu afin d'inciter au respect de ces valeurs. Les agents préviennent le suspect que celui qui trahit la confiance de l'organisation s'expose à des actes de violence. On lui dit par exemple que l'organisation supprime les traîtres ou on le fait assister à des actes de violence simulés où un membre de l'organisation s'en prend à un autre pour le punir d'une supposée trahison (voir p. ex. Moore, Copeland et Schuller, p. 356-357). L'arrêt *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, offre un exemple frappant. Dans cette affaire, les agents avaient simulé l'agression d'une femme qui avait trahi l'organisation criminelle. Tandis qu'ils la battaient, ils avaient menacé de les tuer, elle, son conjoint et leur enfant. L'accusé avait observé les agents jeter le corps ensanglanté de la femme dans le coffre d'une voiture.

[60] Une fois le décor planté, l'opération atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d'embauche — du suspect et de Monsieur Big. À chaque fois, Monsieur Big exprime alors son inquiétude au sujet des antécédents criminels du suspect et du crime sous enquête. Puis, progressivement, il devient évident au suspect que, s'il avoue le crime, il pourra entrer dans l'organisation criminelle et se mettre ainsi à l'abri de la police. On peut aussi lui dire que

their guilt and that denying the offence will be seen as proof of a lack of trustworthiness. In another variation, suspects are told that Mr. Big has learned from contacts within the police that a prosecution for the offence is imminent based on new evidence. The organization offers to protect the target through a variety of means — by offering to eliminate a witness or by having someone else confess to the crime — if the suspect confesses to Mr. Big. Throughout the interrogation, any denials of guilt are dismissed as lies, and Mr. Big presses for a confession (see, e.g., C.L.A. factum, at paras. 7-8; Keenan and Brockman, at pp. 19-21).

Monsieur Big dispose de preuves concluantes de sa culpabilité et que nier son crime sera interprété comme un manque de confiance. Dans un autre cas de figure, on lui dit que Monsieur Big a appris d'informateurs au sein de la police que des accusations fondées sur de nouveaux éléments de preuve étaient imminentes. L'organisation offre au suspect de le protéger par différents moyens, telles l'élimination d'un témoin ou l'obtention de l'aveu d'une autre personne, à condition qu'il avoue son crime à Monsieur Big. Tout au long de l'interrogatoire, les dénégations de culpabilité sont tenues pour mensongères, et Monsieur Big insiste pour que le suspect avoue (voir, p. ex., le mémoire de la C.L.A., par. 7-8; Keenan et Brockman, p. 19-21).

[61] As indicated, the technique has proved valuable and has been used to secure convictions in hundreds of cases (see, e.g., *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, where a confession elicited through a Mr. Big operation led the police to the victim's previously undiscovered body).

[61] Rappelons que la technique s'est révélée très utile dans des centaines d'affaires où des déclarations de culpabilité ont pu être obtenues (voir p. ex. *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, où l'aveu recueilli a permis aux forces policières de découvrir le corps de la victime).

[62] To date, there are no established wrongful convictions stemming from its use. However, in 1992, Kyle Unger was convicted of murder based in part on a confession elicited through a Mr. Big operation, as well as forensic evidence found at the scene of the crime. In 2004, the forensic evidence was called into question by a review committee. The Minister of Justice ordered a review of the conviction, and the Crown ultimately withdrew the charges after determining it did not have sufficient evidence to proceed with a new trial (see also *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, where an accused, though properly convicted of manslaughter, overstated his involvement by falsely confessing to Mr. Big that he was the person who shot a rival drug dealer).

[62] À ce jour, on n'a recensé aucun cas de déclaration de culpabilité injustifiée imputable au recours à la technique. Toutefois, en 1992, Kyle Unger a été déclaré coupable de meurtre en partie sur la foi d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big, ainsi que d'éléments de preuve médico-légale prélevés sur la scène du crime. En 2004, la preuve médico-légale a été mise en doute par un comité d'examen. Le ministre de la Justice a ordonné la révision de la déclaration de culpabilité, puis le ministère public a finalement retiré les accusations après avoir conclu que la preuve n'était pas suffisante pour la tenue d'un nouveau procès (voir aussi *R. c. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, où l'accusé, bien que déclaré coupable à juste titre d'homicide involontaire coupable, avait exagéré sa participation au crime en avouant faussement à Monsieur Big qu'il avait abattu un trafiquant de drogues rival).

(2) Do We Need a Test for Determining the Admissibility of Mr. Big Confessions?

(2) L'établissement d'un test est-il nécessaire pour déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non?

[63] In cases where the Mr. Big technique has been used, the ensuing confessions have typically been

[63] Dans les affaires où la technique a été utilisée, les aveux obtenus ont généralement été

received at trial. Under the existing case law, they have been admitted under the party admissions exception to the hearsay rule (see *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, at p. 664; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, at para. 53). The admissibility of party admissions flows from the adversarial nature of our trial system, and the belief that "what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements" (*Evans*, at p. 664).

admis en preuve au procès. Selon la jurisprudence actuelle, ils le sont sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-dire qui s'applique aux déclarations de l'intéressé (voir *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, p. 664; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, par. 53). L'admissibilité des déclarations de l'intéressé découle de la nature contradictoire du débat judiciaire et de la croyance selon laquelle « les déclarations antérieures d'une [personne] peuvent être admises contre [elle, car elle] ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations » (*Evans*, p. 664).

[64] Attempts to extend existing legal protections to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses (see *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused's statement to a person in authority is "voluntary" — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses (see *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27).

[64] On a tenté en vain d'opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d'opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu'une telle opération ne met pas en jeu le droit de l'accusé de garder le silence car il n'est pas détenu par la police au moment où il avoue (voir *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). La règle applicable en la matière, à savoir que le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, ne s'applique pas non plus parce que, lorsqu'il avoue, l'accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier (voir *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27).

[65] Under existing law, it appears that defence counsel have only two options for challenging the admissibility of these confessions: under the doctrine of abuse of process, or under a trial judge's overriding discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Trial judges have only rarely excluded Mr. Big confessions under either of these doctrines. Indeed, the parties could find no case in which a Mr. Big confession was excluded as an abuse of process, and only one case in which a confession was excluded on the basis that its prejudicial effect exceeded its probative value (see *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209 (B.C.S.C.)).

[65] Dans l'état actuel du droit, il semble que deux avenues seulement s'offrent à l'avocat de la défense pour contester l'admissibilité de tels aveux : la doctrine de l'abus de procédure ou le pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge du procès qui lui permet d'écarter une preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Les aveux issus d'une opération Monsieur Big ont rarement été écartés au procès grâce au recours à l'un ou l'autre moyen. En effet, les parties n'ont pu citer une décision où l'aveu avait été écarté en raison d'un abus de procédure, non plus qu'une décision dans laquelle l'aveu avait été écarté au motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante (voir *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209 (C.S.C.-B.)).

[66] A threshold issue raised by this appeal is whether the existing framework adequately protects

[66] Le pourvoi soulève la question préliminaire de savoir si le cadre législatif actuel protège

the rights of those subject to Mr. Big investigations. The Crown contends that no further protections are needed and that the law as it stands strikes a proper balance between the accused's rights and the need for effective policing. By contrast, the respondent and *amicus curiae* submit that Mr. Big confessions present unique dangers that must be addressed by placing a filter on their admissibility.

[67] I agree with the respondent and *amicus curiae*. In my view, the law as it stands today provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. Three concerns lead me to this conclusion.

(a) *The Danger of Unreliable Confessions*

[68] First, because of the nature of Mr. Big operations, concerns arise as to the reliability of the confessions they produce. The purpose of these operations is to induce confessions, and they are carefully calibrated to achieve that end. Over a period of weeks or months, suspects are made to believe that the fictitious criminal organization for which they work can provide them with financial security, social acceptance, and friendship. Suspects also come to learn that violence is a necessary part of the organization's business model, and that a past history of violence is a boast-worthy accomplishment. And during the final meeting with Mr. Big — which involves a skillful interrogation conducted by an experienced police officer — suspects learn that confessing to the crime under investigation provides a consequence-free ticket into the organization and all of the rewards it provides.

[69] It seems a matter of common sense that the potential for a false confession increases in proportion to the nature and extent of the inducements held out to the accused. Unsurprisingly, this view is supported by academic literature (see *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 39 and 44; S. M. Kassin et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, at pp. 14-15).

adéquatement les droits de la personne qui est visée par une enquête Monsieur Big. Le ministère public soutient qu'aucune protection supplémentaire n'est requise et que le droit actuel établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de l'efficacité policière. En revanche, l'intimé et l'*amicus curiae* font valoir que l'aveu issu d'une telle opération présente des risques particuliers qui justifient le contrôle de son admissibilité.

[67] Je conviens avec l'intimé et l'*amicus curiae* que le droit actuel n'offre pas de protection suffisante à l'accusé qui avoue un crime dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Trois considérations sous-tendent ma conclusion.

a) *Le risque d'un aveu non digne de foi*

[68] Premièrement, la nature même de l'opération suscite des interrogations quant à la fiabilité de l'aveu obtenu. L'objectif est de faire en sorte que le suspect avoue, et l'opération est soigneusement conçue à cette fin. Pendant des semaines, voire des mois, le suspect est amené à croire que l'organisation criminelle fictive pour laquelle il travaille peut lui offrir sécurité financière, acceptation sociale et liens d'amitié. Il en vient également à comprendre que la violence est un élément essentiel de son fonctionnement et que les antécédents de violence sont perçus comme des réalisations dont on peut s'enorgueillir. De plus, lors de l'entretien déterminant avec Monsieur Big — où un interrogatoire habile est mené par un agent de police expérimenté —, le suspect comprend qu'avouer le crime sous enquête lui ouvrira les portes de l'organisation et lui donnera impunément accès à tous les avantages qui découlent de cette appartenance.

[69] Il semble aller de soi que le risque de faux aveux augmente en fonction de la nature et de l'importance des gratifications offertes à l'accusé, ce que confirment la jurisprudence et la doctrine (voir *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 39 et 44; S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 14-15).

[70] The common law confessions rule serves to illustrate the importance of a trial judge's role in assessing reliability. The confessions rule has long concerned itself with the dangers posed by unreliable confessions (see, e.g., G. A. Martin, "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, at p. 35). Under the confessions rule, we recognize that unreliable confessions made by an accused pose particular dangers, as juries often attach great weight to the accused's own words. When an accused falsely confesses to a crime, the risk of a wrongful conviction becomes acute. This Court recognized as much in *Oickle*, when it noted that false confessions have played an "important role" in cases where wrongful convictions have occurred (para. 36). Subsequent research has confirmed that risk. In 40 of the first 250 DNA exonerations in the United States, for example, the accused was found to have falsely confessed to the crime (see B. L. Garrett, "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] The confessions rule thus guards against the danger of unreliable confessions by requiring the Crown to prove to a judge beyond a reasonable doubt that an accused's statement was voluntarily made. Where the Crown is unable to do so, the accused's statement is rendered inadmissible.

[72] But as the law stands today, unlike our approach with the confessions rule, we have failed to adopt a consistent approach to assessing the reliability of Mr. Big confessions before they go to the jury. This is so despite the obvious nature of the inducements these operations create. In my view, it would be dangerous and unwise to assume that we do not need to be concerned about the reliability of Mr. Big confessions simply because the suspect does not know that the person pressuring him to confess is a police officer. And although it will be easier for a jury to understand why an accused would falsely confess to Mr. Big than to the police during a conventional interrogation (because of the more obvious nature of the inducements and the accused's belief that it is in his self-interest to

[70] La règle des confessions que prévoit la common law montre l'importance du rôle du juge du procès dans l'appréciation de la fiabilité. Ce n'est pas d'hier qu'elle se soucie du risque d'un aveu non digne de foi (voir p. ex. G. A. Martin, « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, p. 35). Aux fins de son application, nous reconnaissons que l'aveu non digne de foi présente des risques particuliers, car le jury accorde souvent une grande importance aux propos de l'accusé. Lorsqu'un accusé avoue faussement un crime, le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée est énorme. La Cour le reconnaît dans l'arrêt *Oickle* lorsqu'elle fait observer que les faux aveux ont joué un « rôle important » dans les cas recensés de déclaration de culpabilité injustifiée (par. 36). Les résultats de recherches subséquentes confirment l'existence de ce risque. Dans 40 des 250 premiers cas de disculpation fondée sur l'ADN, on a conclu que l'accusé avait faussement avoué un crime (voir B. L. Garrett, « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] La règle des confessions protège donc contre le risque d'aveux non dignes de foi par l'exigence faite au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé. Lorsque le ministère public ne peut offrir cette preuve, la déclaration de l'accusé est inadmissible.

[72] Or, dans l'état actuel du droit, nulle approche cohérente — comme celle qui vaut pour la règle des confessions — ne préside à l'appréciation de la fiabilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big avant la communication au jury, et ce, malgré le caractère évident des incitations auxquelles donne lieu ce genre d'opération. À mon avis, il serait risqué et peu avisé de considérer que nous n'avons pas à nous soucier de la fiabilité de l'aveu pour la seule raison que le suspect ne sait pas que la personne qui le presse d'avouer est policier. Aussi, même si un jury concevra plus volontiers qu'un accusé avoue faussement un crime à Monsieur Big, mais pas à la police lors d'un interrogatoire classique (en raison du caractère clairement plus incitatif des avantages et de la croyance de l'accusé qu'il va de son intérêt

confess), this does not provide a complete answer to the reliability concerns raised by these confessions. Under the confessions rule, we do not abandon our concern for reliability in cases where a confession is the product of clear threats or inducements, on the assumption that the jury will have an easier time understanding why it is unreliable.

d'avouer), la crainte de la non-fiabilité de l'aveu n'est pas écartée pour autant. Pour les besoins de la règle des confessions, nous continuons à nous soucier de la fiabilité de l'aveu qui résulte de menaces ou d'incitations manifestes, sans nous en remettre à l'aptitude du jury à comprendre aisément en quoi l'aveu n'est pas digne de foi.

(b) *The Prejudicial Effect of Mr. Big Confessions*

b) *Effet préjudiciable de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big*

[73] The second concern with Mr. Big confessions — and one that distinguishes them from confessions made in other contexts — is that they are invariably accompanied by prejudicial facts regarding the accused's character. Putting these confessions into evidence requires showing the jury that the accused wanted to join a criminal organization and that he participated in "simulated" crimes that he believed were real. The absence of a consistent approach in assessing the admissibility of these confessions sits uneasily with the general rule that bad character evidence is presumptively inadmissible for the Crown. This centuries-old rule prohibits the Crown from leading evidence of misconduct engaged in by the accused that is unrelated to the charges before the court, unless it can demonstrate that its probative value outweighs its prejudicial effect (see *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908).

[73] Le deuxième problème d'un tel aveu est qu'il s'accompagne toujours de la relation de faits qui sont préjudiciables à l'accusé sur le plan de la moralité, ce qui le distingue d'un aveu fait dans d'autres contextes. Pour mettre pareil aveu en preuve, il faut montrer au jury que l'accusé a voulu se joindre à une organisation criminelle et qu'il a participé à des crimes « simulés » qu'il croyait réels. L'absence d'une approche cohérente qui permet d'apprécier l'admissibilité de l'aveu cadre mal avec la règle générale suivant laquelle le ministère public ne peut en principe recourir à une preuve de mauvaise moralité. Cette règle plusieurs fois centenaire interdit en effet au ministère public de présenter une preuve de mauvaise conduite de l'accusé qui est sans lien avec l'accusation, sauf s'il démontre que sa force probante l'emporte sur son effet préjudiciable (voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908).

[74] Bad character evidence causes two kinds of prejudice. It causes "moral prejudice" by marring the character of the accused in the eyes of the jury, thereby creating a risk that the jury will reason from the accused's general disposition to the conclusion that he is guilty of the crime charged, or that he is deserving of punishment in any event (*Handy*, at para. 31). And it causes "reasoning prejudice" by distracting the jury's focus away from the offence charged, toward the accused's extraneous acts of misconduct (*ibid.*). As this Court held in *Handy*, the "poisonous potential" of bad character evidence cannot be doubted (para. 138).

[74] La preuve de mauvaise moralité inflige un préjudice de deux manières. D'abord, elle cause un « préjudice moral » en entachant la réputation de l'accusé aux yeux des jurés, de sorte qu'ils risquent de s'appuyer sur la prédisposition générale de l'accusé pour conclure qu'il est coupable ou qu'il mérite d'être puni de toute façon (*Handy*, par. 31). De plus, elle inflige un « préjudice par raisonnement » en ce qu'elle détourne l'attention du jury pour la reporter sur des actes répréhensibles qui n'ont rien à voir avec l'accusation (*ibid.*). Comme le dit la Cour dans *Handy*, on ne saurait douter que la preuve de mauvaise moralité peut avoir des « effets pernicieux » (par. 138).

[75] When a Mr. Big confession is admitted, the character evidence that accompanies it places the accused in a difficult situation. In these cases, the accused is often obliged, as a tactical necessity, to testify in order to explain why he falsely confessed to Mr Big. The character evidence that has already been admitted is damaging in this context because it shrouds the accused with an aura of distrust before he or she steps into the witness box. This distrust is compounded when the accused asks the jury to disregard his confession because he was lying when he gave it. And all of this furnishes the Crown with ample fodder for a forceful attack on the accused's credibility in cross-examination.

[76] Despite the well-established presumption that bad character evidence is inadmissible, it is routinely admitted in Mr. Big cases because it provides the relevant context needed to understand how the accused's pivotal confession came about. Indeed, even the accused comes to depend on this evidence in order to show the nature of the inducements he faced and the reason his confession should not be believed.

[77] In my view, the prejudicial effect of Mr. Big confessions is a substantial concern, especially since these confessions may also be unreliable. Putting evidence before a jury that is both unreliable and prejudicial invites a miscarriage of justice. The law must respond to these dangers. The fact that there are no proven wrongful convictions in cases involving Mr. Big confessions provides little comfort. The criminal justice system cannot afford to wait for miscarriages of justice before taking reasonable steps to prevent them.

(c) *Police Misconduct*

[78] Finally, Mr. Big operations create a risk that the police will resort to unacceptable tactics in their pursuit of a confession. As mentioned, in conducting these operations, undercover officers often cultivate

[75] Lorsqu'un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admis en preuve, la preuve de moralité dont il s'accompagne place l'accusé dans une situation difficile. En effet, des considérations stratégiques obligent souvent l'accusé à témoigner pour expliquer le faux aveu à Monsieur Big. La preuve de moralité déjà admise lui est préjudiciable en ce qu'elle inspire de la méfiance à son endroit avant même qu'il ne prenne place à la barre des témoins. Cette méfiance s'accroît lorsque l'accusé demande au jury de ne pas tenir compte de son aveu parce qu'il a menti. Et tous ces éléments permettent au ministère public de s'en prendre vigoureusement à la crédibilité de l'accusé lors de son contre-interrogatoire.

[76] Malgré la présomption bien établie de son inadmissibilité, la preuve de mauvaise moralité est couramment admise dans les affaires d'opération Monsieur Big parce qu'elle offre le contexte nécessaire pour déterminer comment l'aveu a été soutiré à l'accusé. En fait, l'accusé voit même son sort dépendre de cette preuve, car il doit démontrer la nature des incitations dont il a fait l'objet et avancer les motifs pour lesquels on ne devrait pas ajouter foi à son aveu.

[77] À mon sens, l'effet préjudiciable de l'admission de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big constitue un grave problème, d'autant plus que l'aveu peut aussi se révéler non digne de foi. Présenter au jury une preuve qui est à la fois non digne de foi et préjudiciable invite à l'erreur judiciaire. Le droit doit prévenir la réalisation de ce risque. L'absence de cas avéré de déclaration de culpabilité injustifiée fondée sur un aveu issu d'une opération Monsieur Big offre une maigre consolation. Le système de justice pénale ne peut se permettre d'attendre qu'une erreur judiciaire se produise pour prendre les mesures préventives qui s'imposent.

c) *Comportement répréhensible des policiers*

[78] Enfin, l'opération Monsieur Big fait naître le risque que les policiers recourent à des moyens inacceptables pour obtenir des aveux. Rappelons que, lors d'une telle opération, les agents font

an aura of violence in order to stress the importance of trust and loyalty within the organization. This can involve — as it did in this case — threats or acts of violence perpetrated in the presence of the accused. In these circumstances, it is easy to see a risk that the police will go too far, resorting to tactics which may impact on the reliability of a confession, or in some instances amount to an abuse of process.

souvent régner un climat de violence afin de souligner l'importance de la confiance et de la loyauté au sein de l'organisation. Il peut s'agir, comme en l'espèce, de menaces ou d'actes de violence perpétrés en présence de l'accusé. Il est donc aisé de concevoir le risque que la police aille trop loin et recoure à des tactiques susceptibles de mettre en doute la fiabilité d'un aveu ou, dans certains cas, d'équivaloir à un abus de procédure.

[79] At present, however, these operations are conducted in a legal vacuum. The legal protections afforded to accused persons, which are often intended at least in part to place limits on the conduct of the police in their investigation and interrogation of accused people, have no application to Mr. Big operations. The confessions rule, for example, is intended not only to guard against the risk of unreliable confessions, but also to prevent abusive state conduct (see *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 20). Yet its protection does not apply because the accused does not know the person he is speaking to is a person in authority. Other protections — like the right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter* — are rendered inapplicable because the accused is not "det[ained]" by the police while the operation is ongoing. And the doctrine of abuse of process — intended to protect against abusive state conduct — appears to be somewhat of a paper tiger. To date, it has never operated to exclude a Mr. Big confession, nor has it ever led to the stay of charges arising from one of these operations.

[79] Pour l'heure, toutefois, les opérations Monsieur Big se déroulent dans un vide juridique. Les garanties juridiques accordées à l'accusé et dont la raison d'être est souvent, du moins en partie, d'imposer des limites aux policiers lorsqu'ils mènent des enquêtes et des interrogatoires, ne s'appliquent pas à l'opération. Par exemple, la règle des confessions, qui vise non seulement à prévenir le risque d'un aveu non digne de foi, mais aussi à empêcher le comportement abusif de l'État (voir *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 20), ne s'applique pas dans le contexte considéré en l'espèce, car l'accusé ignore que son interlocuteur est une personne en situation d'autorité. D'autres garanties comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte* sont rendues inapplicables du fait que l'accusé n'est pas « déten[u] » par la police pendant le déroulement de l'opération. Quant à la doctrine de l'abus de procédure — censée protéger contre le comportement abusif de l'État —, son effet paraît en quelque sorte dérisoire. À ce jour, elle ne s'est jamais appliquée de manière à exclure un aveu issu d'une opération Monsieur Big et elle n'a jamais permis l'arrêt des procédures après que des accusations eurent été portées dans la foulée d'une telle opération.

[80] In my view, the lack of an effective mechanism for monitoring the conduct of the undercover officers who engage in these operations is problematic. The law must enable trial judges to respond effectively to police misconduct in this context.

[80] À mon avis, l'absence d'un mécanisme efficace pour contrôler le comportement des agents qui se livrent à une telle opération clandestine est problématique. Le droit doit permettre au juge du procès de sévir utilement contre le comportement répréhensible des policiers dans ce contexte.

(3) How Should the Law Respond to the Problems Posed by Mr. Big Confessions?

[81] Having determined that the law must respond to the risks inherent in Mr. Big confessions, the more difficult question is what form that response should take. Mr. Big operations raise three distinct concerns — reliability, prejudice, and the potential for police misconduct — and we must ensure that trial judges have the tools they need to address all three of these issues.

[82] The parties and interveners have provided a long list of options for dealing with the problems raised by Mr. Big confessions. They include affirming the Court of Appeal's extension of the s. 7 right to silence, expanding the common law confessions rule to apply to Mr. Big operations, subjecting Mr. Big confessions to the principled approach that now governs hearsay evidence, or assessing the reliability of Mr. Big confessions before admitting them into evidence as a means of ensuring an accused's right to a fair trial under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Rather than pointing to a clear solution, the diversity of the options provided reflects the difficulty of the task that confronts us.

[83] In searching for a response to the concerns these operations raise, we must proceed cautiously. To be sure, Mr. Big operations can become abusive, and they can produce confessions that are unreliable and prejudicial. We must seek a legal framework that protects accused persons, and the justice system as a whole, against these dangers. On the other hand, Mr. Big operations are not necessarily abusive, and are capable of producing valuable evidence, the admission of which furthers the interests of justice. We ought not forget that the Mr. Big technique is almost always used in cold cases involving the most serious crimes. Put simply, in responding to the dangers posed by Mr. Big confessions, we should be wary about allowing serious crimes to go unpunished.

(3) Comment le droit doit-il s'attaquer aux problèmes que pose l'aveu issu d'une opération Monsieur Big?

[81] Une fois établie la nécessité que le droit s'attaque aux risques inhérents à l'aveu issu d'une telle opération, le plus difficile est de déterminer comment il doit le faire. L'aveu pose problème sous trois rapports distincts : la fiabilité, le caractère préjudiciable et le risque de comportement répréhensible des policiers. Il nous faut faire en sorte que le juge du procès dispose des moyens voulus pour remédier aux difficultés liées à ces trois considérations.

[82] Parties et intervenants dressent une longue liste de solutions possibles, dont les suivantes : confirmer l'élargissement par la Cour d'appel du droit de garder le silence prévu à l'art. 7, élargir la règle des confessions en common law pour qu'elle s'applique à l'opération Monsieur Big, assujettir l'aveu issu de cette opération à l'approche raisonnée qui régit désormais la preuve par ouï-dire ou apprécier la fiabilité de l'aveu avant d'admettre celui-ci en preuve afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable suivant l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Au lieu de dégager une solution claire, ces différentes avenues font ressortir la difficulté de notre tâche.

[83] Il nous faut faire preuve de circonspection dans la recherche d'une solution aux problèmes que pose l'opération Monsieur Big. Il va sans dire qu'une telle opération peut devenir abusive et peut déboucher sur un aveu non digne de foi et préjudiciable. Nous devons concevoir un cadre juridique qui protège l'accusé, de même que l'ensemble du système de justice, contre ces risques. D'un autre côté, l'opération n'est pas nécessairement abusive et permet parfois de recueillir de précieux éléments dont l'admission en preuve sert les intérêts de la justice. N'oublions pas que la technique est presque toujours utilisée dans le cas des crimes les plus graves demeurés non résolus. En somme, dans notre recherche d'une solution aux risques que présente l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, nous devons nous garder de permettre que les auteurs de crimes graves demeurent impunis.

(a) *Summary of a Proposed Solution*

[84] In this section, I propose a solution that, in my view, strikes the best balance between guarding against the dangers posed by Mr. Big operations, while ensuring the police have the tools they need to investigate serious crime. This solution involves a two-pronged approach that (1) recognizes a new common law rule of evidence, and (2) relies on a more robust conception of the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct.

[85] The first prong recognizes a new common law rule of evidence for assessing the admissibility of these confessions. The rule operates as follows: Where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value turns on an assessment of its reliability. Its prejudicial effect flows from the bad character evidence that must be admitted in order to put the operation and the confession in context. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant and thus inadmissible. This rule, like the confessions rule in the case of conventional police interrogations, operates as a specific qualification to the party admissions exception to the hearsay rule.[5]

[86] As regard the second prong, I would rely on the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct. I recognize that

5 This rule targets Mr. Big operations in their present form. A change in the way the police use undercover operations to elicit confessions may escape the scope of this rule. However, it is not for this Court to anticipate potential developments in policing. To do so would be speculative. Time will tell whether, in a future case, the principles that underlie this rule warrant extending its application to another context.

a) *Résumé de la solution préconisée*

[84] Dans la présente partie, je propose la solution qui, à mon avis, offre le meilleur équilibre entre la prévention des risques associés à une opération Monsieur Big et la mise à la disposition de la police des moyens nécessaires à ses enquêtes sur des crimes graves. Cette solution suppose une démarche à deux volets qui (1) consacre une nouvelle règle de preuve en common law et (2) repose sur une approche plus vigoureuse de la doctrine de l'abus de procédure pour remédier au problème du comportement répréhensible des policiers.

[85] Le premier volet de la démarche consacre une nouvelle règle de preuve en common law pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. En voici la teneur. Lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive de son cru et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans ce contexte, la valeur probante de l'aveu tient à sa fiabilité. Son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité qui doit être admise afin de situer dans leur contexte l'opération et l'aveu obtenu. Si le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'aveu de l'accusé est admissible, les autres éléments de preuve liés à l'opération Monsieur Big deviennent non pertinents et sont donc inadmissibles. À l'instar de la règle des confessions qui s'applique à l'interrogatoire de police classique, cette règle apporte une restriction spécifique à l'exception à la règle du ouï-dire qui vaut pour les déclarations de l'intéressé[5].

[86] Au deuxième volet, je m'en remets à la doctrine de l'abus de procédure pour résoudre le problème du comportement répréhensible des

5 Cette règle vise l'opération Monsieur Big dans sa forme actuelle. La modification de la manière dont la police recourt à une opération clandestine pour obtenir un aveu pourrait écarter l'application de la règle. Or, il n'appartient pas à la Cour de prévoir d'éventuels changements dans les pratiques policières. Ce serait pure conjecture. L'avenir nous dira si les principes qui sous-tendent la règle justifient également son application dans d'autres contextes.

the doctrine has thus far proved less than effective in this context. While the problem is not an easy one, I propose to provide some guidance on how to determine if a Mr. Big operation crosses the line from skillful police work to an abuse of process.

policiers. Je reconnais que, jusqu'à maintenant, la doctrine s'est révélée moins qu'efficace en la matière. Il est vrai que le problème n'est pas simple. Je propose néanmoins de donner certaines indications sur la façon de déterminer si, dans le cadre d'une opération Monsieur Big, la ligne qui sépare le travail judicieux des policiers de l'abus de procédure a été franchie.

[87] The purposes of this two-pronged approach are to protect an accused's right to a fair trial under the *Charter*, and to preserve the integrity of the justice system. Those are the ends that must ultimately be achieved. This approach strives to reach them by ensuring that only those confessions that are more probative than prejudicial, and which do not result from abuse, are admitted into evidence.

[87] Cette démarche à deux volets vise à protéger le droit à un procès équitable que la *Charte* confère à l'accusé et à préserver l'intégrité du système de justice. Tels sont les objectifs qui doivent être atteints au final. On s'efforce dès lors de faire en sorte que seul soit admis en preuve l'aveu qui se révèle plus probant que préjudiciable et qui ne résulte pas d'un abus.

[88] However, it must be remembered that trial judges always retain a discretion to exclude evidence where its admission would compromise trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). This is because "the general principle that an accused is entitled to a fair trial cannot be entirely reduced to specific rules" (*ibid.*, at para. 23). It is impossible to predict every factual scenario that could present itself. As such, I do not foreclose the possibility that, in an exceptional case, trial fairness may require that a Mr. Big confession be excluded even where the specific rules I have proposed would see the confession admitted.

[88] Il faut toutefois se rappeler que le juge du procès demeure toujours investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'écarter l'élément de preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). Il en est ainsi parce que « le principe général que l'accusé a droit à un procès équitable ne peut pas être entièrement réduit à certaines règles précises » (*ibid.*, par. 23). Il est impossible de prévoir tous les cas de figure susceptibles de se présenter. Je n'écarte donc pas l'éventualité que, dans un cas exceptionnel, l'équité du procès commande l'exclusion de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big même s'il est admissible suivant les règles précises dont je propose l'application en l'espèce.

[89] In practice, this two-pronged approach will necessitate that a *voir dire* be held to determine the admissibility of Mr. Big confessions. The Crown will bear the burden of establishing that, on balance, the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect, and it will be for the defence to establish an abuse of process. Trial judges may prefer to begin their analysis by assessing whether there has been an abuse of process. A finding of abuse makes weighing the probative value and prejudicial effect of the evidence unnecessary.

[89] Dans les faits, la démarche à deux volets nécessitera la tenue d'un voir-dire pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. Il incombera alors au ministère public d'établir selon la prépondérance des probabilités que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable, puis il appartiendra à la défense de prouver l'abus de procédure, s'il y a lieu. Le juge du procès pourra entreprendre son analyse en examinant d'abord s'il y a eu abus de procédure, car une réponse affirmative rendra inutile la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable.

[90] Against this backdrop, I will now elaborate on the main features of this two-pronged solution.

(b) *Why Does the Crown Bear the Onus of Establishing That the Probative Value of a Mr. Big Confession Outweighs Its Prejudicial Effect?*

[91] The common law rule of evidence I have proposed creates a presumption that Mr. Big confessions are inadmissible, and places the onus of demonstrating that they ought to be received on the Crown. The onus is justified because of the central role played by the state in creating these confessions. It is the state that designs and implements these operations, expending significant resources and acting as puppeteer in the production of the accused's ultimate confession. The state creates the potent mix of a potentially unreliable confession accompanied by prejudicial character evidence. Given its pivotal role, the state should bear the responsibility of showing that the confession it has orchestrated and produced warrants admission into evidence.

[92] Placing the onus on the Crown also works to address concerns with abusive state conduct. Confronted by the reality that the Crown will ultimately bear the burden of justifying reception of a Mr. Big confession, the state will be strongly encouraged to tread carefully in how it conducts these operations. As I will explain, the conduct of the police is a factor to be taken into account in assessing the reliability of a Mr. Big confession. This creates a strong incentive for the state to conduct these operations with restraint.

[93] The onus has the added benefit of encouraging the creation of a more thorough record of the operation. At present, many of the key interactions between undercover officers and the accused are unrecorded. This is problematic. Where it is logistically feasible and would not jeopardize the operation itself or the safety of the undercover officers, the police would do well to record their conversations with the accused. With the onus of demonstrating reliability placed on the Crown,

[90] C'est sur cette toile de fond que j'analyse maintenant les principales composantes de cette démarche à deux volets.

b) *Pourquoi incombe-t-il au ministère public d'établir que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable?*

[91] Selon la règle de preuve de common law que je propose, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est présumé inadmissible et il appartient au ministère public de démontrer sa recevabilité. La charge se justifie par le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. C'est l'État qui conçoit l'opération et qui la met en œuvre, qui y affecte des ressources considérables et qui dirige la mise en scène dont résulte ultimement l'aveu de l'accusé. C'est l'État qui allie aveu susceptible d'être non digne de foi et preuve de moralité préjudiciable à l'accusé. Étant donné son rôle crucial, il semble approprié d'exiger de l'État qu'il démontre la justification d'admettre en preuve l'aveu issu d'une opération de son cru.

[92] Imposer pareille charge au ministère public contribue également à prévenir le risque de comportement abusif de l'État. Puisqu'il incombera en fin de compte à la poursuite de justifier l'admission de l'aveu, l'État sera fortement incité à mener avec circonspection le déroulement de l'opération. Comme je l'explique ci-après, le comportement des policiers constitue un élément à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'aveu issu de l'opération Monsieur Big est digne de foi ou non. L'obligation faite au ministère public incite grandement l'État à mener son opération avec mesure.

[93] La charge imposée à la poursuite présente aussi l'avantage de favoriser l'enregistrement systématique des échanges pendant l'opération. À l'heure actuelle, bon nombre des principaux échanges entre les agents et l'accusé ne sont pas enregistrés, ce qui constitue un problème. Lorsque la logistique le permettra sans que soient compromises l'opération ou la sécurité des agents, les forces policières seront bien avisées d'enregistrer leurs conversations avec l'accusé. Vu qu'il appartiendra au ministère public

gaps in the record may undermine the case for admissibility, which will encourage better record keeping.[6]

(c) *How Is Probative Value Assessed?*

[94] Determining whether the probative value of an item of evidence outweighs its prejudicial effect requires engaging in a "cost benefit analysis" (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21). That is, trial judges must assess "whether [the evidence's] value is worth what it costs" (*ibid.*). The first step in conducting this exercise, then, is to assess the value of the proposed evidence.

[95] How are trial judges to assess the value of evidence? This requires more than asking whether the evidence is logically relevant; it necessitates some weighing of the evidence. After all, probative means "tending to prove an issue" and "questionable evidence will have less of that tendency" (*R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (Ont. C.A.), at p. 2). It would be "artificial" and "self-defeating" for trial judges to ignore defects in the evidence during the assessment of its value (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at p. 38). Generally, what this weighing exercise requires will vary depending on the specific inferences sought to be drawn from a piece of evidence.

[96] As one example, trial judges are routinely called upon to determine the admissibility of expert evidence. Part of the admissibility inquiry involves taking stock of the probative value of the proposed evidence. This requires weighing the evidence and assessing its reliability:

When one looks to potential probative value, one must consider the reliability of the evidence. Reliability concerns reach not only the subject matter of the evidence, but also the methodology used by the proposed expert in

6 It appears that the RCMP have already adopted the practice of recording a substantial number of the interactions between the accused and undercover officers in British Columbia (see W. E. Dawson, "The Use of 'Mr. Big' in Undercover Operations", in *Criminal Law: Special Issues* (2011), Paper 5.2, at p. 5.2.44).

de démontrer la fiabilité de l'aveu, toute lacune du dossier constitué pourra compromettre l'admissibilité de la preuve, ce qui sera de nature à inciter les agents à un surcroît de rigueur[6].

c) *Comment déterminer la valeur probante?*

[94] Examiner si la valeur probante d'un élément de preuve l'emporte sur son effet préjudiciable suppose une « analyse du coût et des bénéfices » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21). Ainsi, le juge du procès doit déterminer « si la valeur [de la preuve] en vaut le coût » (*ibid.*). La première étape consiste donc à apprécier l'élément de preuve proposé.

[95] Comment le juge doit-il déterminer la valeur de la preuve? Il ne suffit pas qu'il se demande si la preuve est logiquement pertinente; il lui faut la soupeser quelque peu. Après tout, est « probant » ce [TRADUCTION] « qui tend à prouver un point, ce que peine à faire le témoignage douteux » (*R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (C.A. Ont.), p. 2). Il serait [TRADUCTION] « futile » et « contraire au but recherché » de faire abstraction des failles de la preuve pour se prononcer sur sa valeur probante (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6e éd. 2011), p. 38). De façon générale, les exigences de cette entreprise d'appréciation varieront en fonction des conclusions spécifiques que l'on cherchera à tirer d'un élément de preuve.

[96] À titre d'exemple, le juge du procès est couramment appelé à statuer sur l'admissibilité du témoignage d'un expert, ce qui suppose entre autres qu'il s'intéresse à la valeur probante de l'élément en cause, une démarche qui, elle, requiert de soupeser cet élément et d'apprécier sa fiabilité :

[TRADUCTION] Lorsqu'on se penche sur la valeur probante éventuelle, il faut examiner la fiabilité de la preuve. Le souci de fiabilité s'attache non seulement à l'objet de la preuve, mais aussi à la méthode employée

6 Il semble que, en Colombie-Britannique, la GRC ait déjà pour pratique d'enregistrer une partie importante des échanges entre l'accusé et les agents (voir W. E. Dawson, « The Use of "Mr. Big" in Undercover Operations », dans *Criminal Law : Special Issues* (2011), Paper 5.2, p. 5.2.44).

arriving at his or her opinion, the expert's expertise and the extent to which the expert is shown to be impartial and objective.

(*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 87, *per* Doherty J.A.)

[97] Similarly, in *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), Doherty J.A. held that otherwise admissible hearsay evidence may be excluded on the basis that its prejudicial effect outweighs its probative value. This can occur in circumstances where "the credibility or reliability of the narrator of the out-of-court statement is so deficient that it robs the out-of-court statement of any potential probative value" (para. 57). This Court endorsed that approach in *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 51.

[98] Undoubtedly, weighing evidence in this way thrusts trial judges into a domain that is typically reserved for the jury. The jury, as the trier of fact, is ultimately responsible for weighing evidence and drawing conclusions from it. The overlap of roles cannot be avoided, but this is not problematic as long as the respective functions of the trial judge, as gatekeeper, and the jury, as finder of fact, are fundamentally respected. In conducting this weighing exercise, the trial judge is only deciding the threshold question of "whether the evidence is worthy of being heard by the jury" and not "the ultimate question of whether the evidence should be accepted and acted upon" (*Abbey*, at para. 89; see also Paciocco and Stuesser, at p. 38).

[99] Returning to Mr. Big confessions, their probative value derives from their reliability. A confession provides powerful evidence of guilt, but only if it is true. A confession of questionable reliability carries less probative force, and in deciding whether the probative value of a Mr. Big confession outweighs the prejudicial effect of the character evidence that accompanies it, trial judges must examine its reliability.

pour parvenir à la conclusion et à l'expertise de l'expert proposé, ainsi qu'à l'impartialité et à l'objectivité démontrées de ce dernier.

(*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 87, le juge Doherty)

[97] De même, dans *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), le juge Doherty statue qu'une preuve par ouï-dire par ailleurs admissible peut être exclue au motif que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Tel peut être le cas lorsque [TRADUCTION] « la fiabilité de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire est si faible qu'elle enlève toute valeur probante éventuelle à celle-ci » (par. 57). Notre Cour adhère à ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 51.

[98] À n'en pas douter, le juge qui soupèse ainsi la preuve s'immisce dans un domaine habituellement réservé au jury. Il appartient ultimement aux jurés, en qualité de juges des faits, de soupeser la preuve et d'en tirer des conclusions. Le chevauchement des fonctions ne peut être évité, mais il n'est pas problématique dans la mesure où l'on respecte fondamentalement les fonctions dévolues au juge du procès en tant que gardien et celles dévolues au jury en tant que juge des faits. Lorsqu'il se livre à cette entreprise de soupèsement, le juge ne tranche que la question préliminaire qui consiste à déterminer [TRADUCTION] « si la preuve vaut d'être entendue par le jury », et non « la question ultime de savoir s'il y a lieu d'ajouter foi à la preuve et d'y donner effet » (*Abbey*, par. 89; voir aussi Paciocco et Stuesser, p. 38).

[99] Pour revenir à l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, rappelons que sa valeur probante découle de sa fiabilité. Un aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité, à condition qu'il soit avéré. L'aveu dont la fiabilité peut être mise en doute a une valeur probante moindre, et pour déterminer si la valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big l'emporte sur l'effet préjudiciable de la preuve de moralité dont il se double, le juge du procès doit s'assurer de sa fiabilité.

[100] What factors are relevant in assessing the reliability of a Mr. Big confession? A parallel can perhaps be drawn between the assessment of "threshold reliability" that occurs under the principled approach to hearsay. Under the principled approach, hearsay becomes admissible where it is both necessary and reliable. Reliability can generally be established in one of two ways: by showing that the statement is trustworthy, or by establishing that its reliability can be sufficiently tested at trial (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 61-63). The latter route to reliability is often met through an opportunity to cross-examine the hearsay declarant, but this has no application in the present context because the accused is not a compellable witness.

[100] Quels sont les éléments à considérer dans l'appréciation de la fiabilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big? Il est sans doute possible d'établir un parallèle avec la détermination du « seuil de fiabilité » dans le cadre de l'approche raisonnée qui s'applique en matière de ouï-dire. Suivant cette approche, le ouï-dire est admissible s'il est à la fois nécessaire et fiable. La fiabilité peut généralement être établie de deux manières : démontrer que la déclaration est digne de foi ou que cette fiabilité peut être suffisamment vérifiée au procès (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 61-63). Dans ce dernier cas, la vérification s'entend souvent de la possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration au procès, ce qui n'est pas possible dans le cas considéré en l'espèce puisque l'accusé n'est pas un témoin contraignable.

[101] However, the factors used to demonstrate the trustworthiness of a hearsay statement are apposite. In assessing the trustworthiness of a hearsay statement, courts look to the circumstances in which the statement was made, and whether there is any confirmatory evidence (*Khelawon*, at paras. 62 and 100).

[101] Cependant, les éléments considérés pour démontrer qu'une déclaration relatée est fiable sont pertinents. Apprécier la fiabilité d'une déclaration relatée exige du tribunal qu'il examine les circonstances de la déclaration et recherche une preuve de corroboration (*Khelawon*, par. 62 et 100).

[102] Confessions derive their persuasive force from the fact that they are against the accused's self-interest. People do not normally confess to crimes they have not committed (*Hodgson*, at para. 60). But the circumstances in which Mr. Big confessions are elicited can undermine that supposition. Thus, the first step in assessing the reliability of a Mr. Big confession is to examine those circumstances and assess the extent to which they call into question the reliability of the confession. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication, and mental health.

[102] Le caractère persuasif de l'aveu tient au fait qu'il va à l'encontre de l'intérêt de l'accusé. Les gens n'avouent habituellement pas des crimes qu'ils n'ont pas commis (*Hodgson*, par. 60). Or, les circonstances dans lesquelles l'aveu est obtenu lors d'une opération Monsieur Big peuvent réfuter cette affirmation. Dès lors, pour savoir si l'aveu est digne de foi, il faut d'abord se pencher sur ces circonstances et déterminer dans quelle mesure elles mettent en doute la fiabilité de l'aveu. Au nombre de ces circonstances, mentionnons la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l'interrogatoire, ainsi que la personnalité de l'accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale.

[103] Special note should be taken of the mental health and age of the accused. In the United States, where empirical data on false confessions is more plentiful, researchers have found that those with mental illnesses or disabilities, and youth, present a much greater risk of falsely confessing (Garrett, at p. 1064).[7] A confession arising from a Mr. Big operation that comes from a young person or someone suffering from a mental illness or disability will raise greater reliability concerns.

[104] In listing these factors, I do not mean to suggest that trial judges are to consider them mechanically and check a box when they apply. That is not the purpose of the exercise. Instead, trial judges must examine all the circumstances leading to and surrounding the making of the confession — with these factors in mind — and assess whether and to what extent the reliability of the confession is called into doubt.

[105] After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that had not been made public (e.g., the murder weapon), or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would not likely have known had he not committed it (e.g., the presence or absence of particular objects at the crime scene). Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

7 This study relates to incidents of false confessions arising from conventional police interrogations. In my view, the groups of people that present the greatest danger of falsely confessing during conventional interrogations warrant enhanced scrutiny in the context of Mr. Big operations.

[103] Il convient de porter une attention spéciale à l'état de santé mentale de l'accusé et à son âge. Aux États-Unis, où les données empiriques sur le sujet sont plus abondantes qu'au pays, des chercheurs ont découvert que les personnes atteintes d'une maladie ou d'une déficience mentales, et les jeunes, sont beaucoup plus susceptibles de faire de faux aveux (Garrett, p. 1064)[7]. L'aveu qu'une personne jeune ou atteinte de maladie ou de déficience mentales fait dans le cadre d'une opération Monsieur Big comporte un risque accru de non-fiabilité.

[104] Bien que j'énumère ces éléments, le juge du procès n'est pas tenu de les examiner l'un après l'autre et d'indiquer s'ils s'appliquent ou non. Tel n'est pas l'objectif. Il doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances qui ont mené à l'aveu et celles dans lesquelles celui-ci a été fait — en gardant ces éléments présents à son esprit — et déterminer dans quelle mesure il y a lieu, le cas échéant, de douter de sa fiabilité.

[105] Après examen des circonstances, le juge doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte de la mesure dans laquelle l'aveu est détaillé, du fait qu'il mène ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public (p. ex., l'arme du crime) ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis le crime (p. ex., la présence ou l'absence d'objets particuliers sur le lieu du crime). Une preuve de corroboration n'est pas absolument nécessaire, mais lorsqu'elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l'aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l'aveu même ou dans l'ensemble de la preuve.

7 Cette étude porte sur de faux aveux obtenus lors d'interrogatoires de police habituels. À mon avis, les aveux des personnes les plus susceptibles d'avouer faussement un crime lors de tels interrogatoires devraient faire l'objet d'une attention accrue lorsqu'ils sont obtenus dans le contexte d'une opération Monsieur Big.

(d) *How Is Prejudicial Effect Measured?*

[106] Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware of the dangers presented by these confessions. Admitting these confessions raises the spectre of moral and reasoning prejudice. Commencing with moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of "simulated crimes" that he believed were real. In the end, the accused is forced to argue to the jury that he lied to Mr. Big when he boasted about committing a very serious crime because his desire to join the gang was so strong. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence.[8] As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury's focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred.

[107] On the other hand, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative. Moreover, trial judges must bear in mind that limiting instructions to the jury may be capable of attenuating the prejudicial effect of this evidence.

8 For example, in *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, admitting the accused's confession to Mr. Big also required admitting evidence that the accused had committed two unrelated, violent sexual assaults. This evidence had to be admitted because it was "inextricably interwoven with the undercover confession" (para. 29). Obviously, this sort of evidence increases the moral prejudice that accompanies an accused's confession.

d) *Comment déterminer l'effet préjudiciable?*

[106] Apprécier l'effet préjudiciable de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l'admission de l'aveu inflige un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l'accusé a voulu faire partie d'une organisation criminelle et qu'il a commis nombre de « crimes simulés » qu'il croyait réels. Au bout du compte, l'accusé n'aura d'autre choix que de convaincre le jury qu'il a menti à Monsieur Big lorsqu'il s'est vanté de la perpétration d'un crime très grave parce qu'il souhaitait ardemment se joindre au gang. La gravité du préjudice moral pourra s'accroître dans le cas d'une opération où l'accusé aura participé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l'accusé avait des antécédents de violence[8]. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s'en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l'opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l'existence d'un événement ou d'une conversation en particulier.

[107] En revanche, il est possible d'atténuer le risque de préjudice par l'exclusion de certains éléments de preuve particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits. De plus, le juge du procès doit se rappeler que la communication de directives restrictives au jury peut atténuer l'effet préjudiciable de ces éléments de preuve.

8 Par exemple, dans l'affaire *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, l'admission de l'aveu de l'accusé à Monsieur Big exigeait en outre l'admission de la preuve selon laquelle l'accusé avait commis deux agressions sexuelles avec violence sans rapport avec l'accusation. Cette preuve devait être admise parce qu'elle était [TRADUCTION] « inextricablement liée à l'aveu obtenu dans le cadre de l'opération policière » (par. 29). De toute évidence, ce genre de preuve accroît le préjudice moral que l'admission de l'aveu inflige à l'accusé.

(e) *How Are Probative Value and Prejudicial Effect Compared?*

[108] In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. In practice, the potential for prejudice is a fairly constant variable in this context. Mr. Big operations are cut from the same cloth, and the concerns about prejudice are likely to be similar from case to case. As a result, trial judges will expend much of their analytical energy assessing the reliability of the confessions these operations generate.

[109] Determining when the probative value of a Mr. Big confession surpasses its potential for prejudice will never be an exact science. As Justice Binnie observed in *Handy*, probative value and prejudicial effect are two variables which "do not operate on the same plane" (para. 148). Probative value is concerned with "proof of an issue", while prejudicial effect is concerned with "the fairness of the trial" (*ibid.*). To be sure, there will be easy cases at the margins. But more common will be the difficult cases that fall in between. In such cases, trial judges will have to lean on their judicial experience to decide whether the value of a confession exceeds its cost.

[110] Despite the inexactness of the exercise, it is one for which our trial judges are well prepared. Trial judges routinely weigh the probative value and prejudicial effect of evidence. And as mentioned, they are already asked to examine the reliability of evidence in a number of different contexts, as well as the prejudicial effect of bad character evidence. They are well positioned to do the same here. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to weigh the probative value and prejudicial effect of the evidence, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

e) *Comment soupeser valeur probante et effet préjudiciable?*

[108] Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l'aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s'est acquitté de sa charge de preuve. En réalité, le risque de préjudice est une donnée assez constante dans le contexte considéré. Les opérations Monsieur Big se ressemblent toutes, et les craintes d'effet préjudiciable s'apparentent d'une affaire à l'autre. C'est pourquoi une grande partie de l'analyse du juge du procès portera sur la fiabilité de l'aveu.

[109] Déterminer si la valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big l'emporte sur son effet préjudiciable éventuel ne relève jamais de la science exacte. Comme le fait observer le juge Binnie dans l'arrêt *Handy*, valeur probante et effet préjudiciable sont deux variables qui « ne jouent pas sur le même plan » (par. 148). La première a trait à la « preuve d'une question », alors que la seconde concerne « l'équité du procès » (*ibid.*). Il y aura assurément à chacune des extrémités du spectre des cas dans lesquels il sera facile de trancher. Or, les cas difficiles, ceux qui se situeront entre les deux pôles, seront plus courants. Le juge du procès devra alors mettre son expérience à contribution pour décider si la valeur de l'aveu l'emporte ou non sur le coût de son obtention.

[110] Même si l'entreprise ne relève pas de la science exacte, le juge du procès y est bien préparé, car il est couramment appelé à soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable. Rappelons qu'il doit déjà se pencher sur la fiabilité d'éléments de preuve dans nombre de contextes différents, ainsi que sur l'effet préjudiciable d'une preuve de mauvaise moralité. Il est bien placé pour faire de même dans le contexte considéré en l'espèce. Étant donné que, après examen de la preuve, le juge du procès est le plus à même d'en déterminer la valeur probante et l'effet préjudiciable, le tribunal d'appel devra faire preuve de déférence à l'égard de sa décision d'admettre ou non l'aveu issu d'une opération Monsieur Big.

(f) *What Is the Role of the Doctrine of Abuse of Process?*

[111] The rule of evidence I have proposed goes a long way toward addressing all three of the concerns raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems they raise with reliability and prejudice. And it takes significant account of the concern regarding police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown, and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession's probative value.

[112] I should not, however, be taken as suggesting that police misconduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured. That state of affairs would be unacceptable, as this Court has long recognized that there are "inherent limits" on the power of the state to "manipulate people and events for the purpose of . . . obtaining convictions" (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941).

[113] In my view, this is where the doctrine of abuse of process must serve its purpose. After all, the doctrine is intended to guard against state conduct that society finds unacceptable, and which threatens the integrity of the justice system (*R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 35). Moreover, the doctrine provides trial judges with a wide discretion to issue a remedy — including the exclusion of evidence or a stay of proceedings — where doing so is necessary to preserve the integrity of the justice system or the fairness of the trial (*ibid.*, at para. 32). The onus lies on the accused to establish that an abuse of process has occurred.

[114] I acknowledge that, thus far, the doctrine has provided little protection in the context of Mr. Big operations. This may be due in part to this Court's decision in *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, where Binnie J., writing for the

f) *Quelle est la fonction de la doctrine de l'abus de procédure?*

[111] La règle de preuve dont je préconise l'application résout en grande partie les difficultés que soulève l'opération Monsieur Big au regard des trois considérations déjà mentionnées. Elle s'attaque sans détour aux problèmes que présente l'opération sur les plans de la fiabilité de l'aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi grandement compte du souci lié au comportement répréhensible des policiers par l'obligation qu'elle fait au ministère public de démontrer l'admissibilité de l'aveu et par l'attention qu'elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l'aveu.

[112] Je ne laisse cependant pas entendre que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu. Pareil résultat serait inacceptable, car notre Cour reconnaît depuis longtemps l'existence de « bornes inhérentes » au pouvoir de l'État de « manipuler les gens et les événements dans le but d'[. . .] obtenir des déclarations de culpabilité » (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 941).

[113] J'estime que la doctrine de l'abus de procédure doit alors entrer en jeu. Après tout, sa raison d'être est de protéger le citoyen contre le comportement de l'État que la société juge inacceptable et qui compromet l'intégrité du système de justice (*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 35). Qui plus est, la doctrine confère au juge du procès un grand pouvoir discrétionnaire pour accorder réparation, y compris l'exclusion de la preuve et l'arrêt des procédures, lorsque cela s'impose pour préserver l'intégrité du système de justice ou l'équité du procès (*ibid.*, par. 32). Il appartient à l'accusé de prouver l'abus de procédure.

[114] Je reconnais que, à ce jour, la doctrine a offert bien peu de protection dans le contexte des opérations Monsieur Big. C'est peut-être en partie à cause de l'arrêt *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, où le juge Binnie, au nom des juges

majority, described the Mr. Big technique as "skillful police work" (para. 21). But the solution, in my view, is to reinvigorate the doctrine in this context, not to search for an alternative framework to guard against the very same problem. The first step toward restoring the doctrine as an effective guard against police misconduct in this context is to remind trial judges that these operations can become abusive, and that they must carefully scrutinize how the police conduct them.

majoritaires de la Cour, voit dans la technique Monsieur Big une manifestation du « travail habile des policiers » (par. 21). Or, la solution réside à mon avis dans un nouvel essor donné à l'application de la doctrine dans ce contexte, et non dans l'établissement d'un nouveau cadre d'analyse pour contrer le même problème. La première étape de la redynamisation de la doctrine comme rempart efficace contre l'abus policier est de rappeler aux juges qu'une opération Monsieur Big peut devenir abusive et qu'ils doivent examiner attentivement la manière donc les policiers l'ont menée.

[115] It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will become abusive. These operations are too varied for a bright-line rule to apply. But there is one guideline that can be suggested. Mr. Big operations are designed to induce confessions. The mere presence of inducements is not problematic (*Oickle*, at para. 57). But police conduct, including inducements and threats, becomes problematic in this context when it approximates coercion. In conducting these operations, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process.

[115] Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive. Les opérations menées sont trop différentes les unes des autres pour qu'une frontière nette se dessine, mais une ligne directrice peut être avancée. L'opération vise l'obtention d'aveux. Le seul fait de recourir à des incitations n'est pas condamnable (*Oickle*, par. 57). Or, le comportement des policiers, y compris leurs incitations et leurs menaces, devient problématique lorsqu'il s'apparente à l'exercice d'une contrainte. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l'accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer. Cela équivaudrait presque assurément à un abus de procédure.

[116] Physical violence or threats of violence provide examples of coercive police tactics. A confession derived from physical violence or threats of violence against an accused will not be admissible — no matter how reliable — because this, quite simply, is something the community will not tolerate (see, e.g., *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[116] La violence physique ou la menace de violence constituent des exemples de tactique policière coercitive. L'aveu obtenu grâce à la violence physique ou à la menace de violence contre l'accusé n'est pas admissible, peu importe qu'il soit digne de foi ou non, car il résulte bien évidemment du recours à un moyen que la collectivité ne saurait tolérer (voir p. ex. *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[117] Violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion. But Mr. Big operations can become coercive in other ways as well. Operations that prey on an accused's vulnerabilities — like mental health problems, substance addictions, or youthfulness — are also highly problematic (see *Mack*, at p. 963). Taking advantage of these vulnerabilities threatens trial fairness and the integrity of the justice system. As this Court has

[117] La violence et la menace d'y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible. Toutefois, une opération Monsieur Big peut aussi devenir coercitive sous d'autres rapports. Celle qui mise sur les points vulnérables de l'accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — fait aussi sérieusement problème (voir *Mack*, p. 963). Exploiter ces points vulnérables compromet l'équité du procès et l'intégrité

said on many occasions, misconduct that offends the community's sense of fair play and decency will amount to an abuse of process and warrant the exclusion of the statement.

du système de justice. La Cour a maintes fois rappelé que le comportement répréhensible qui heurte le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société équivaut à un abus de procédure et justifie l'exclusion de la déclaration obtenue.

[118] While coercion is an important factor to consider, I do not foreclose the possibility that Mr. Big operations can become abusive in other ways. The factors that I have outlined, while not identical, are similar to those outlined in *Mack*, with which trial judges are well-familiar (p. 966). At the end of the day, there is only so much guidance that can be provided. Our trial judges have long been entrusted with the task of identifying abuses of process and I have no reason to doubt their ability to do the same in this context.

[118] Même si la contrainte constitue un élément déterminant, je n'écarte pas la possibilité qu'une opération Monsieur Big puisse être abusive pour d'autres raisons. Les éléments dont je fais état précédemment ne sont pas identiques à ceux énoncés dans *Mack* et que connaissent bien les juges de première instance, mais ils s'y apparentent (p. 966). En fin de compte, bien peu de balises peuvent être posées. Le juge du procès se voit depuis longtemps confier la tâche de relever les abus de procédure qui compromettent l'équité des procès ou l'intégrité du système de justice, et je n'ai aucune raison de douter de son aptitude à s'acquitter de cette tâche dans le contexte considéré en l'espèce.

(g) *Why Use This Two-Pronged Approach?*

g) *Pourquoi recourir à cette démarche à deux volets?*

[119] As we have seen, Mr. Big operations raise three interrelated concerns — reliability, prejudice, and police misconduct. I have proposed two separate tests that, taken together, address all three.

[119] Nous avons vu que les opérations Monsieur Big posent problème au regard de trois considérations connexes — la fiabilité, l'effet préjudiciable et le comportement répréhensible des policiers. Je propose deux tests distincts qui, ensemble, remédient à tous ces problèmes.

[120] The reason for this lies in the analytically distinct problems that the three concerns raise. Reliability and prejudice are fundamentally evidentiary issues. They are concerned with the quality of the evidence these operations produce. Indeed, they do not emerge as problems at all until a Mr. Big confession is admitted at trial. The concern that the police may engage in misconduct, by contrast, is focused on the behaviour of the state in eliciting the evidence. To be sure, there is significant overlap between the concerns. Police misconduct is more likely to produce an unreliable confession. But the overlap is not perfect. For example, a confession elicited during a Mr. Big operation where there has been no misconduct may still turn out to be unreliable and prejudicial. Similarly, a confession that *is* the product of misconduct may turn out to

[120] La raison en est que des difficultés d'ordre analytique distinctes sous-tendent les trois considérations. La fiabilité et l'effet préjudiciable ont fondamentalement trait à la preuve. Ils s'attachent à la qualité de la preuve qui résulte de l'opération. En fait, ils ne deviennent problématiques qu'au procès au moment d'admettre l'aveu en preuve. En revanche, le comportement répréhensible des policiers intéresse les actes accomplis par l'État pour obtenir l'aveu. Certes, il existe un chevauchement important entre les trois considérations. Le comportement répréhensible des policiers accroît le risque d'un aveu non digne de foi. Or, le chevauchement n'est pas parfait. Par exemple, il peut arriver que l'aveu issu d'une opération exempte de tout comportement répréhensible soit quand même non digne de foi et préjudiciable.

be reliable. Thus, in order to take complete account of both issues, two legal tools are required — one that looks directly at the evidence, and one that serves as a check on the conduct of the police.

De même, l'aveu qui *résulte* d'un comportement répréhensible peut se révéler digne de foi. Ainsi, afin de bien tenir compte des deux volets, deux instruments juridiques s'imposent, un qui s'intéresse directement à la preuve, l'autre qui permet de contrôler le comportement policier.

[121] I have turned to a common law rule of evidence to address the concerns these confessions raise with reliability and prejudice. Without question, unreliable and prejudicial evidence implicate rights under the *Charter*, including the right to a fair trial and the presumption of innocence. But our common law rules of evidence are, and must be, capable of protecting the constitutional rights of the accused. It is axiomatic that the common law must be developed in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the *Charter* (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603). Our rules of evidence have embraced this constitutional imperative and have evolved into principled, flexible tools that are "highly sensitive to the due process interests of the accused" (D. Paciocco, "Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, at p. 311). The common law rule of evidence I have proposed fits comfortably with this Court's approach in the post-*Charter* era.

[121] Je m'en remets à une règle de preuve de common law pour résoudre les problèmes de fiabilité et d'effet préjudiciable que pose l'aveu. La preuve non digne de foi et préjudiciable met assurément en jeu des droits garantis par la *Charte*, notamment ceux à un procès équitable et à la présomption d'innocence. Cependant, en common law, les règles de preuve peuvent — et doivent pouvoir — protéger les droits constitutionnels de l'accusé. Il va de soi que la common law doit évoluer dans le respect des valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603). Nos règles de preuve ont intégré cet impératif constitutionnel pour devenir des instruments souples et raisonnés [TRADUCTION] « très soucieux du droit de l'accusé à l'application régulière de la loi » (D. Paciocco, « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, p. 311). La règle de preuve de common law que je propose s'inscrit bien dans la démarche de la Cour postérieure à l'adoption de la *Charte*.

[122] To deal with the concern regarding police misconduct, I have turned to the doctrine of abuse of process. Doing so makes good sense because, as mentioned, the doctrine is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials. Moreover, a form of abuse of process has long provided a residual protection against unfair police tactics in the context of conventional police interrogations (see *Oickle*, at paras. 65-67; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697). The doctrine is therefore well suited to providing a check against police misconduct in this context.

[122] S'agissant du comportement répréhensible des policiers, je m'en remets à la doctrine de l'abus de procédure, ce qui est logique car, je le rappelle, celle-ci vise à prévenir le comportement répréhensible de l'État qui compromet l'intégrité du système de justice et l'équité du procès. Qui plus est, une notion d'abus de procédure offre depuis longtemps une protection résiduelle contre les tactiques déloyales auxquelles peut recourir la police lors d'un interrogatoire habituel (voir *Oickle*, par. 65-67; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697). L'application de la doctrine convient donc lorsqu'il s'agit de réfréner le comportement policier répréhensible dans le contexte considéré en l'espèce.

[123] The two-pronged approach I have articulated is also consistent with the demands of the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination has two purposes: protecting against abusive state conduct, and guarding against unreliable confessions (*Hebert*, at p. 175; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250). These protections flow from "the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity" (*White*, at para. 43). However, the principle does not act as a freestanding legal protection. Rather, the principle is a "general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived" (*Jones*, at p. 249). Where its underlying rationale suggests that legal protection is needed in a specific context, but the law provides for none, the principle can be used to fashion a "contextually-sensitive" new rule to address the gap in the law (*White*, at para. 45).[9] In my view, the common law rule of evidence I have proposed acts, along with the abuse doctrine, as yet another specific legal protection that derives from the general principle and its underlying rationale.

[124] Unlike my colleague Karakatsanis J., I would not respond to the concerns Mr. Big confessions raise by subjecting them to an assessment under the framework developed by this Court in *White*. It is true that the *White* test was used to determine whether admitting a class of statements made by an accused under statutory compulsion would offend the principle against self-incrimination.[10] But *White* did not transform the principle against self-incrimination from a general organizing principle into a freestanding legal rule. To the contrary, the

9 See, e.g., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, where this Court recognized that witnesses enjoy a protection against the use of "derivative evidence" discovered as a result of their compelled testimony (at paras. 165-202), and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, where this Court recognized that a witness ought to be exempted from a compulsion to testify where the witness can establish that the state's predominant purpose for compelling his testimony is to seek incriminating evidence against him (paras. 5-12).

10 Four factors were used to decide whether the principle had been breached: (1) the existence of coercion; (2) the existence of an adversarial relationship between the accused and the state; (3) the prospect that an unreliable confession would be given; and (4) a concern that admitting the statement would increase the likelihood of abusive conduct by the state.

[123] La démarche à deux volets que je propose répond aussi aux exigences du principe interdisant l'auto-incrimination, un principe qui vise la protection contre deux choses : les abus de pouvoir de l'État et les aveux non dignes de foi (*Hebert*, p. 175; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250). Ces protections traduisent « la valeur qu'attribue la société canadienne à la vie privée, à l'autonomie personnelle et à la dignité » (*White*, par. 43). Ce principe ne tient cependant pas lieu de protection juridique indépendante, mais bien de « principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières » (*Jones*, p. 249). Lorsque sa raison d'être donne à penser qu'une protection juridique s'impose dans un contexte particulier alors que la loi n'en prévoit aucune, le principe peut servir d'assise à la création de nouvelles règles qui « varient selon le contexte » afin de combler cette lacune (*White*, par. 45)[9]. À mon avis, la règle de preuve de common law que je propose offre, de pair avec l'application de la doctrine de l'abus de procédure, une nouvelle protection juridique tirée du principe général et de sa raison d'être.

[124] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne suis pas enclin à résoudre les difficultés que soulève l'opération Monsieur Big en analysant l'aveu au regard du cadre établi par la Cour dans *White*. Certes, la démarche établie dans cet arrêt a servi à déterminer si l'admission en preuve de certaines déclarations légalement exigées de l'accusé allait à l'encontre du principe interdisant l'auto-incrimination[10]. Or, cet arrêt ne fait pas passer le principe interdisant l'auto-incrimination du principe directeur à la règle

9 Voir p. ex. *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, où la Cour reconnaît que le témoin bénéficie d'une protection contre l'utilisation de la « preuve dérivée » obtenue grâce à son témoignage forcé (par. 165-202), et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, où elle statue qu'un témoin doit être soustrait à l'obligation de témoigner s'il démontre que la demande de témoignage de l'État a pour objet prédominant l'obtention d'éléments de preuve incriminants contre lui (par. 5-12).

10 Quatre éléments sont pris en compte pour décider s'il y a ou non atteinte à ce principe : (1) l'existence d'une contrainte, (2) l'opposition des intérêts de l'accusé et de ceux de l'État, (3) la possibilité d'un aveu non digne de foi et (4) la crainte que l'admission en preuve de la déclaration accroisse le recours par l'État à un comportement abusif.

Court was careful to note that the principle provided only "residual protections" in the absence of "specific common law and *Charter* rules", whether existing or new (paras. 44-45). In that regard, the Court in *White* observed that the principle "demands different things at different times" and that the task in each case is "to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue" (*ibid.*).

[125] Thus the general factors identified in *White* are best understood as serving to illustrate that Mr. Big operations raise concerns with the principle against self-incrimination. But *White* does not tell us what the principle demands in this context, nor does it assist in fashioning an appropriate response. That task can only be accomplished — as *White* itself contemplated — by tailoring the two-pronged approach of a common law evidentiary rule and the doctrine of abuse of process, to address the particular concerns raised by Mr. Big operations. This is how the confessions rule and the right to silence operate to address the concerns with self-incrimination that arise during conventional police interrogations and upon detention. And it is how my two-pronged approach addresses the challenges posed by Mr. Big operations.

(4) Application to the Facts

(a) *The Admissibility of the Respondent's Confessions*

[126] During the Mr. Big operation, the respondent confessed on three separate occasions: on April 10, June 9, and June 11, 2005. These confessions — and in particular the June 9 and 11 confessions — were the heart of the Crown's case against the respondent at trial. Guided by the legal framework I have proposed, I must decide whether these confessions were properly admitted into evidence.

[127] At the outset, I acknowledge that these reasons recast the test for determining the admissibility

juridique autonome. Au contraire, la Cour prend soin de préciser que le principe n'offre que des « protections résiduelles » à défaut de « règles issues de la common law et de la *Charte* », existantes ou nouvelles (par. 44-45). Elle fait observer à cet égard que le principe « exige différentes choses à différents moments » et que, dans chaque affaire, la tâche est « de déterminer avec précision ce que le principe exige, s'il y a lieu, dans le contexte particulier en cause » (*ibid.*).

[125] Dès lors, mieux vaut considérer qu'il appert des éléments généraux relevés dans *White* que l'opération Monsieur Big soulève des difficultés eu égard au principe interdisant l'auto-incrimination. La Cour ne nous dit pas ce qu'exige le principe dans le contexte visé par le présent dossier, et elle ne nous offre pas non plus de repères pour concevoir la solution qui convient. La tâche ne peut être accomplie, comme la Cour le prévoit d'ailleurs dans *White*, que par la création d'une démarche à deux volets comportant l'application d'une règle de preuve nouvelle en common law et celle de la doctrine de l'abus de procédure pour répondre aux préoccupations particulières que suscite l'opération Monsieur Big. C'est ainsi que s'appliquent la règle des confessions et le droit de garder le silence afin de résoudre les problèmes liés à l'auto-incrimination qui se présentent lors de l'interrogatoire de police classique ou de la détention. Et c'est ainsi que la démarche à deux volets que je préconise s'attaque aux difficultés soulevées par l'opération Monsieur Big.

(4) Application aux faits

a) *L'admissibilité des aveux de l'intimé*

[126] Lors de l'opération Monsieur Big, l'intimé a fait des aveux à trois moments distincts : le 10 avril, le 9 juin et le 11 juin 2005. Ces aveux — en particulier ceux du 9 et du 11 juin — forment l'axe central de la preuve présentée par le ministère public contre l'intimé au procès. À partir du cadre juridique que je propose, je dois décider si le juge du procès a eu raison ou non de les admettre en preuve.

[127] Je reconnais d'emblée que, dans les présents motifs, je redéfinis la démarche qui permet

of Mr. Big confessions. Unsurprisingly, the trial judge did not apply this test in determining the admissibility of the respondent's confessions. In addition, the arguments in the courts below, and before this Court, did not squarely address whether the respondent's confessions ought to be admitted under this framework.

de déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. En l'espèce, le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche pour statuer sur l'admissibilité des aveux de l'intimé. Qui plus est, dans leurs plaidoiries devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, les parties n'ont pas abordé directement la question de l'admissibilité des aveux de l'intimé au regard du cadre proposé.

[128] Nonetheless, I am of the view that this Court is in a position to decide whether the respondent's statements were properly admitted — and that we ought to do so. Although the precise test for determining the admissibility of Mr. Big confessions has changed, the issues have not. The reliability of the respondent's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us.

[128] J'estime néanmoins que la Cour est en mesure de décider — et qu'elle doit le faire — si les aveux de l'intimé ont été admis en preuve à bon droit. La démarche précise permettant de statuer sur l'admissibilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big change, mais les questions soulevées, elles, ne changent pas. La fiabilité des aveux de l'intimé, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers qui ont mené l'opération sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier dont nous sommes saisis est volumineux.

[129] Nor does applying this test require overturning the trial judge's findings of fact. The details of the Mr. Big operation that was conducted in this case are not in dispute. In assessing the admissibility of the respondent's confessions, the trial judge's reasons focused on the threatening and intimidating conduct of the undercover officers. The trial judge found that the respondent was not threatened by the officers (see, e.g., para. 65). Assessing the admissibility of the respondent's confessions simply requires analyzing the uncontroversial facts through a different lens — that of the common law rule of evidence I have proposed.

[129] L'application de cette démarche ne nous oblige pas non plus à infirmer les conclusions de fait du juge du procès. Le détail de l'opération Monsieur Big menée en l'espèce n'est pas contesté. Pour déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non, le juge du procès s'attache à la conduite menaçante et intimidante des agents banalisés. Il conclut que ces derniers n'ont pas menacé l'intimé (voir p. ex. par. 65). Déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non exige seulement d'analyser des faits non contestés sous un angle différent, celui de la règle de preuve de common law que je propose.

[130] Moreover, these proceedings have been difficult and protracted. Nearly a decade has passed since the respondent was arrested and charged with the murder of his daughters. Concerns with the respondent's mental health prompted the appointment of *amicus curiae* at this Court and at the Court of Appeal. Ordering a new trial and leaving the admissibility of the respondent's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. In my view, that would not be in the interests of justice.

[130] J'ajoute que la présente instance a été longue et difficile. Près d'une décennie s'est écoulée depuis que l'intimé a été arrêté et accusé du meurtre de ses filles. Des inquiétudes au sujet de sa santé mentale ont incité la Cour et la Cour d'appel à nommer un *amicus curiae*. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui, à mon avis, ne servirait pas les intérêts de la justice.

(i) The June 9 and June 11, 2005 Confessions

[131] The June 9 confession was elicited by Mr. Big during his meeting with the respondent. The June 11 confession is a brief re-enactment of how the drowning occurred. As mentioned, these confessions were critical to the Crown's case against the respondent. Because the re-enactment followed from the respondent's confession to Mr. Big, these confessions are intertwined, and I will consider their admissibility together.

[132] The first step is to take stock of the probative value of these confessions, which hinges on an assessment of their reliability. This requires considering the circumstances in which the confessions were made, and whether the confessions contain any markers of reliability.

[133] Turning first to the circumstances in which these confessions were made, I am of the view that the circumstances cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions. At the time the Mr. Big operation began, the respondent was socially isolated, unemployed, and living on welfare. Over the next four months, the Mr. Big operation transformed the respondent's life, becoming its focal point. The respondent participated in 63 "scenarios" in which he worked with undercover officers. He also had near daily phone contact with two of these officers, Jim and Paul, who became his closest friends. Even when the respondent was not working with the undercover officers, much of his time was devoted to the work doled out to him by the fictitious organization. He spent long hours driving across Newfoundland, spending nights in hotels, as he delivered mysterious packages and cargo. By all accounts, this was a lengthy and intense operation.

[134] With this transformation of the respondent's life came powerful inducements. Financially, the Mr. Big operation lifted the respondent out of poverty. Undercover officers paid the respondent over $15,000 in cash for his work. And they promised him much greater financial rewards in the future if he was admitted into the organization; the undercover officers had him count hundreds of thousands

(i) Les aveux des 9 et 11 juin 2005

[131] L'aveu du 9 juin a été obtenu par Monsieur Big lors de sa rencontre avec l'intimé. L'aveu du 11 juin correspond à une brève reconstitution des circonstances des noyades. Rappelons que ces aveux constituaient des éléments cruciaux de la preuve du ministère public contre l'intimé. Puisque la reconstitution a découlé de l'aveu fait à Monsieur Big, les deux se confondent, si bien que j'entends me prononcer sur leur admissibilité globale.

[132] La première étape consiste à considérer la valeur probante de ces aveux, laquelle dépend de leur fiabilité. Il faut donc examiner les circonstances des aveux et se demander si certains indices de fiabilité s'en dégagent.

[133] J'estime que les circonstances dans lesquelles ils ont été faits font sérieusement douter de la fiabilité des aveux. Au début de l'opération, l'intimé était isolé socialement, il ne travaillait pas et il vivait d'aide sociale. Au cours des quatre mois qui ont suivi, l'opération a complètement transformé sa vie et elle en est devenue le point central. L'intimé a participé à 63 « scénarios » dans lesquels il a travaillé avec les agents. Il communiquait par téléphone presque quotidiennement avec deux d'entre eux, Jim et Paul, qui étaient devenus ses meilleurs amis. Même lorsqu'il ne travaillait pas avec les agents, il consacrait une grande partie de son temps aux tâches que lui confiait l'organisation fictive. Il a consacré de longues heures à la conduite de véhicules d'un bout à l'autre de Terre-Neuve — ce qui l'obligeait à dormir à l'hôtel — pour livrer de mystérieux colis et marchandises. L'opération a sans conteste été longue et soutenue.

[134] À cette transformation de la vie de l'intimé se sont ajoutés de puissants attraits. Sur le plan financier, l'opération Monsieur Big a sorti l'intimé de la pauvreté. Les agents lui ont versé une rémunération de plus de 15 000 $ en espèces. Ils lui ont aussi fait miroiter des gratifications financières beaucoup plus importantes s'il était admis dans l'organisation; ils lui ont fait compter des centaines

of dollars in cash, and told him a $25,000 pay day was coming if he was allowed to participate in an upcoming "big job". There was a corresponding change in the respondent's lifestyle. Dinners at expensive restaurants became common. Paul bought the respondent new clothes to wear, and the respondent relied on Paul to teach him how to behave during their dinners, as dining at expensive restaurants was "all new to him" and he often felt uncomfortable.

de milliers de dollars d'argent liquide et lui ont dit qu'une somme de 25 000 $ l'attendait s'il lui était permis de participer à une [TRADUCTION] « affaire importante » sur le point de se conclure. Le train de vie de l'intimé s'est modifié en conséquence. Les repas dans de bons restaurants sont devenus monnaie courante. Paul lui a acheté de nouveaux vêtements et lui a enseigné les bonnes manières à table, car la fréquentation de tels endroits lui était « tout à fait nouvelle » et il s'y sentait souvent mal à l'aise.

[135] The respondent attested to the powerful impact of these financial inducements at the outset of his meeting with Mr. Big, telling the crime boss that his life had been "really rough" before he started working for the organization, and that he had been unable to afford even a bed to sleep on. He told Mr. Big that he had come from having "nothing", that working for the organization had lifted him out of those dire circumstances, and that he would "never ever forget" how good they had been to him.

[135] L'incidence considérable de ces attraits financiers est attestée par le fait que, dès le début de sa rencontre avec Monsieur Big, l'intimé a dit au chef de l'organisation criminelle qu'il avait eu une vie [TRADUCTION] « vraiment difficile » avant de travailler pour l'organisation, qu'il n'avait même pas les moyens de s'acheter un lit pour y dormir. Il a ajouté qu'il était parti de « rien », que travailler pour l'organisation lui avait permis d'échapper à son triste sort et que « jamais il n'oublierait » à quel point tous avaient été bons pour lui.

[136] At least as enticing as the financial inducements held out to the respondent was the promise of friendship that came with working for the criminal organization. The undercover officers — aware of the respondent's social isolation — sought to become his "best friend". At the outset of the operation, the officers plotted to separate the respondent from his wife, telling him that she was not allowed to accompany him as he traveled across the country working for the organization.

[136] La perspective de nouer des liens d'amitié en travaillant pour l'organisation criminelle était au moins aussi attrayante pour l'intimé que les gratifications financières. L'isolement social de l'intimé leur étant connue, les agents ont cherché à devenir ses [TRADUCTION] « meilleurs amis ». Dès le début de l'opération, ils se sont arrangés pour séparer l'intimé de son épouse en lui disant qu'elle ne pouvait pas l'accompagner lorsqu'il parcourait le pays pour le compte de l'organisation.

[137] With remarkable ease, the officers quickly and deeply engrained themselves in the respondent's life. By early April, less than two full months into the operation, the respondent told Jim and Paul that they were like brothers to him and that he loved them — a sentiment he would repeat throughout the rest of the operation. Indeed, the respondent preached that loyalty to this "family" was more important to him than money.

[137] C'est avec une facilité déconcertante que les agents sont parvenus à s'immiscer rapidement et profondément dans le quotidien de l'intimé. Au début d'avril, moins de deux mois après le lancement de l'opération, l'intimé a dit à Jim et à Paul qu'il les considérait comme des frères et les aimait beaucoup, et il s'est exprimé en ce sens plusieurs fois par la suite. D'ailleurs, l'intimé prétendait que la loyauté envers la [TRADUCTION] « famille » qu'ils formaient lui importait plus que l'argent.

[138] The depth of the respondent's commitment to the organization and the undercover officers can

[138] Le degré d'engagement de l'intimé envers l'organisation et les agents peut difficilement être

hardly be exaggerated. The respondent would constantly call his friends — Jim and Paul — looking for work, and he would anxiously await their planned meetings. He told the officers he was planning to leave Newfoundland so he could work for the organization full time. He even purported a willingness to leave his wife if that is what it would take to join the organization. And when he was finally arrested on June 13, the respondent's first call for help was naturally placed to Jim.

[139] It was in these circumstances that the respondent confessed to Mr. Big and participated in the re-enactment. When he entered their June 9 meeting, the respondent knew that his ticket out of poverty and social isolation was at stake. Jim implored him to be "honest" with the boss. Early on in the interrogation, Mr. Big drove home the importance of honesty, telling the respondent that "the minute the trust is gone . . . everything is gone". The conversation quickly turned to the death of the respondent's daughters, and Mr. Big immediately asserted that the respondent had killed them. When the respondent denied it and claimed to have had a seizure, Mr. Big perfunctorily dismissed this explanation as a lie: "No don't lie to me . . . don't go with the seizure stuff . . . [y]ou're lying to me on this okay."

[140] The circumstances left the respondent with a stark choice: confess to Mr. Big or be deemed a liar by the man in charge of the organization he so desperately wanted to join. In my view, these circumstances, considered as a whole, presented the respondent with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

[141] Having determined that the circumstances in which these confessions were made cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions, the next question is whether these confessions contain any indicators of reliability. In my view, they do not.

[142] In the first place, the respondent's description of how the crime was committed is somewhat inconsistent. In his meeting with Mr. Big, the

surestimé. L'intimé appelait constamment ses amis — Jim et Paul — pour leur demander du travail, et il attendait avec impatience les rencontres prévues. Il a dit aux agents qu'il songeait à quitter Terre-Neuve de façon à pouvoir travailler à temps plein pour l'organisation. Il a même prétendu être disposé à quitter sa femme s'il le fallait pour se joindre à l'organisation. Et lorsqu'il a finalement été arrêté le 13 juin, c'est tout naturellement à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[139] Ce sont là les circonstances dans lesquelles l'intimé a avoué à Monsieur Big et a participé à la reconstitution des faits. Lorsqu'il s'est présenté à la rencontre du 9 juin, l'intimé savait que sa chance d'échapper à la pauvreté et à l'isolement social était en jeu. Jim l'avait exhorté à se montrer [TRADUCTION] « honnête » avec le chef. Dès le début de l'entretien, Monsieur Big a souligné à son tour l'importance de l'honnêteté et dit à l'intimé que « dès l'instant où la confiance disparaît [. . .] tout disparaît ». La conversation a rapidement porté sur le décès des fillettes, et Monsieur Big a immédiatement affirmé que l'intimé les avait tuées. Ce dernier a nié et a prétendu avoir eu une crise d'épilepsie. Monsieur Big a balayé l'explication du revers de la main, la tenant pour mensongère : « Ne me mens pas [. . .] ne commence pas avec cette histoire de crise [. . .] [t]u me mens, d'accord. »

[140] L'intimé s'est alors trouvé devant un choix déchirant : faire des aveux ou être considéré comme un menteur par l'homme qui dirigeait l'organisation à laquelle il voulait tant appartenir. J'estime que, considérées globalement, ces circonstances étaient de nature à pousser irrésistiblement l'intimé à faire des aveux, vrais ou faux.

[141] Puisque je conclus que les circonstances mettent sérieusement en doute la fiabilité des aveux, je dois maintenant examiner si des indices de fiabilité se dégagent de ces derniers. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[142] D'une part, la manière dont l'intimé a prétendu avoir commis le crime est quelque peu incohérente. Lors de son entretien avec Monsieur Big,

respondent started off by denying that he killed his daughters. Later, he said that they "fell" into the water. After further pressing by Mr. Big, the respondent claimed that he pushed his daughters into the water by striking them with his shoulder. But when he participated in the re-enactment with Jim two days later, his explanation changed again. When Jim knelt down next to the respondent and asked him to demonstrate how he pushed his daughters, the respondent nudged him with his knee. He had to use his knee because Jim, kneeling down, was not tall enough for the respondent to shove with his shoulder. The same would undoubtedly have been true for his small children.

[143] More important than these inconsistencies is the complete lack of confirmatory evidence. Given the peculiar circumstances of the case, this is unsurprising. The issue has always been whether the respondent's daughters drowned accidentally or were murdered. There was never any question that the respondent was present when his daughters entered the water. All of the objectively verifiable details of the respondent's confession (e.g., his knowledge of the location of the drowning) flow from his acknowledged presence at the time the drowning occurred.

[144] When the circumstances in which the respondent's confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt, and I am forced to conclude that their probative value is low.

[145] On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that — for four months — the respondent devoted his entire life to trying to join a criminal gang. They heard that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts, including transporting stolen property and smuggling alcohol. On one occasion, he and Jim, wearing balaclavas, broke into a car to steal a package from it. The jury was repeatedly told that the respondent had described himself as having "no limits", and that he would do anything "as long as

il a commencé par nier les assassinats. Plus tard, il a dit que les fillettes étaient « tombées » à l'eau. Après que son interlocuteur eut encore insisté, il a prétendu les avoir poussées en les bousculant de l'épaule. Or, lors de la reconstitution des faits à laquelle il s'est prêté avec Jim deux jours plus tard, sa version des faits a de nouveau changé. Lorsque Jim s'est agenouillé à ses côtés et lui a demandé de lui montrer comment il avait poussé les fillettes, l'intimé lui a donné un léger coup de genou. Il a dû utiliser son genou car, une fois agenouillé, Jim n'était pas assez grand pour être bousculé de l'épaule. Il en serait sans doute allé de même pour les fillettes.

[143] Ce qui importe encore plus que ces incohérences c'est l'absence complète de preuve de corroboration, une absence qui ne saurait étonner eu égard aux circonstances particulières de l'affaire. La question a toujours été de savoir si les filles de l'intimé s'étaient noyées accidentellement ou si elles avaient été assassinées. La présence de l'intimé lorsque les fillettes se sont retrouvées dans l'eau n'a jamais été contestée. Toutes les données objectivement vérifiables des aveux (p. ex. la connaissance de l'emplacement de la noyade) découlent du fait qu'il a reconnu avoir été présent au moment du drame.

[144] Lorsqu'on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l'absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes et force m'est de conclure que leur valeur probante est faible.

[145] D'autre part, ces aveux — à l'instar de tout aveu issu d'une opération Monsieur Big — comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés entendent de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, l'intimé a consacré tous ses efforts à tenter de se joindre à un groupe criminel. Ils apprennent qu'il a participé maintes fois à ce qu'il croyait être des activités criminelles, tels le transport de biens volés et la contrebande d'alcool. Une fois, Jim et lui, munis d'une cagoule, auraient forcé la portière d'une voiture pour y voler un paquet. Les jurés entendent à maintes reprises que l'intimé a dit ne connaître [TRADUCTION]

the trust was there". And it is easy to see how the jury could come to view the respondent with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of a group of criminals. The potential for moral prejudice in these circumstances was significant.

« aucune limite » et être disposé à faire n'importe quoi « pourvu que la confiance règne ». On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer l'intimé avec mépris. Voilà un homme qui se vante d'avoir tué ses propres fillettes de trois ans afin d'impressionner les membres d'un groupe criminel. Dans ces circonstances, le risque de préjudice moral est important.

[146] Comparing the probative value and prejudicial effect of these confessions leads me to conclude that their limited probative value is outweighed by their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. In my view, it would be unsafe to rest a conviction on this evidence.

[146] La mise en balance de la valeur probante des aveux et de leur effet préjudiciable m'amène à conclure que leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante limitée. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu'ils font courir. J'estime qu'il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur cette preuve.

(ii) The April 10 Confession

(ii) L'aveu du 10 avril

[147] I reach the same conclusion with respect to the respondent's alleged April 10 confession. This confession also suffers from serious reliability concerns. Although unprompted, it came about during a conversation in which the respondent and Jim were bragging about their willingness to engage in violence. By this time, the respondent was already under the spell of powerful financial and social inducements. The confession came after two months and more than 30 scenarios with undercover officers, at a time when the respondent had already begun professing his love for Jim and Paul. Importantly, the confession itself contains no details — it amounts to a bald assertion by the respondent that he killed his daughters and that he "planned it". Finally, the confession was not recorded and the respondent denies making it, which only makes it harder to assess its probative value. On the other hand, admitting this confession into evidence carries with it all of the attendant prejudice I have already discussed. In my view, the probative value of this confession does not outweigh its prejudicial effect.

[147] J'arrive à la même conclusion pour l'aveu qu'aurait fait l'intimé le 10 avril. La fiabilité de cet aveu soulève elle aussi de sérieux doutes. Bien que spontané, l'aveu a été fait à la faveur d'une conversation pendant laquelle l'intimé et Jim se vantaient de leur disposition à commettre des actes de violence. L'intimé avait alors déjà cédé à l'attrait irrésistible de gratifications financières et sociales. L'aveu est intervenu deux mois après le début de l'opération et après le déroulement de plus de 30 scénarios, ainsi que postérieurement aux premières manifestions d'affection de l'intimé envers Jim et Paul. Il importe aussi de signaler que l'aveu n'est pas circonstancié, l'intimé ayant seulement affirmé avoir tué ses filles après [TRADUCTION] « l'avoir planifié ». Enfin, l'aveu n'a pas été enregistré et l'intimé le nie, ce qui rend encore plus difficile la détermination de sa valeur probante. Par ailleurs, admettre cet aveu en preuve emporte tous les effets préjudiciables déjà mentionnés. Selon moi, sa valeur probante ne l'emporte pas sur son effet préjudiciable.

(b) *Abuse of Process*

b) *Abus de procédure*

[148] Given my conclusion that the respondent's confessions must be excluded under the common law, it is not necessary to consider whether the police conduct in this case amounted to an abuse of process. But there is no denying that this was an

[148] Puisque, selon moi, la common law commande l'exclusion des aveux de l'intimé, il est inutile de décider si le comportement policier équivaut en l'espèce à un abus de procédure. Or, nul ne conteste que des moyens considérables ont été déployés

extremely intensive Mr. Big operation, and one that preyed upon the respondent's poverty and social isolation. In addition, the respondent had a seizure in front of an undercover officer. The respondent's past seizures had caused his licence to be suspended to protect against the risk that a seizure would cause him to have an accident while driving. However, the operation continued after this seizure, and undercover officers continued to send the respondent long distances over public roads in order to make deliveries for the fictitious criminal organization. The respondent submits that this placed his and the public's safety at risk, and that this conduct warrants excluding the confessions.

[149] Without question, the police conduct in this case raises significant concerns, and might well amount to an abuse of process. However, this is not how the issue was presented at trial. At trial, the respondent took issue with the threatening and intimidating conduct of the officers, and the trial judge rejected those arguments. Given this, and the fact that there is no need to decide the matter, I do not believe this is an appropriate case to decide whether an abuse of process has been established.

VI. Disposition

[150] The Court of Appeal excluded the respondent's June 9 and 11 confessions and quashed his convictions. It ordered a new trial on the basis that the respondent's April 10 confession was admissible, and that it provided a "sliver" of evidence upon which a jury could convict the respondent of murder (para. 258).

[151] I have concluded that the April 10 confession must also be excluded. As such, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown. In the result, I would dismiss the appeal.

dans le cadre de l'opération Monsieur Big et que les agents ont tablé sur la pauvreté de l'intimé et sur son isolement social. De plus, un agent a été témoin d'une crise d'épilepsie de l'intimé. Les crises de ce dernier lui avaient déjà valu la suspension de son permis de conduire au motif qu'elles auraient pu être la cause d'accidents si elles s'étaient produites pendant qu'il était au volant. L'opération s'est toutefois poursuivie après cette crise, et les agents ont continué de faire parcourir à l'intimé de longues distances sur la route afin qu'il effectue des livraisons pour le compte de l'organisation criminelle fictive. L'intimé soutient qu'ils ont ainsi compromis sa sécurité et celle du public, ce qui justifie l'exclusion des aveux.

[149] Il est incontestable que le comportement des policiers en l'espèce soulève de sérieuses interrogations et pourrait fort bien constituer un abus de procédure. Cependant, le litige ne s'est pas présenté sous cet angle au procès. En effet, l'intimé a invoqué le caractère menaçant et intimidant du comportement des policiers, et le juge n'a pas retenu son argumentaire. Dès lors — et parce qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question —, je ne crois pas que le dossier se prête à une décision quant à savoir si un abus de procédure a été établi ou non.

VI. Dispositif

[150] La Cour d'appel exclut de la preuve les aveux des 9 et 11 juin et annule les déclarations de culpabilité. Elle ordonne la tenue d'un nouveau procès au motif que l'aveu du 10 avril est admissible et offre [TRADUCTION] « quelque » élément de preuve à partir duquel un jury pourrait reconnaître l'intimé coupable de meurtre (par. 258).

[151] J'estime que l'aveu du 10 avril doit aussi être exclu. Il est donc permis de douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de rendre un verdict de culpabilité. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

[152] CROMWELL J. — I agree with my colleague Moldaver J.'s analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of "Mr. Big" operations. I also agree with his analysis of the question of whether the trial judge erred in law in his approach to the respondent's request that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. My only point of disagreement with my colleague is with respect to whether this Court should decide the question of whether Mr. Hart's statements to the undercover officers are admissible. In my view, we should not. I would therefore uphold the Court of Appeal's order for a new trial, but leave the question of admissibility of the statements to the trial judge, to be decided in accordance with the framework set out in Moldaver J.'s reasons. I reach this conclusion for four reasons.

[153] First, we have in this record three versions from Mr. Hart himself of what happened to the children. One is that he panicked. This is the version that he doggedly maintained under extensive and challenging police interrogation. The second is that he had an epileptic seizure. Mr. Hart contacted the police, told them that he had not been truthful with them in his earlier interrogations and recounted this version of events. The third version is that he deliberately killed them, the version that Mr. Hart told to the undercover officers — allegedly twice — during the Mr. Big operation.

[154] In my view, it is in the interests of the proper administration of justice that Mr. Hart's involvement, if any, in the death of these helpless children should be determined at a trial, applying the correct legal framework, which we have now established.

[155] Second, the Court today sets out, for the first time, a comprehensive framework for dealing with the admissibility of statements obtained in the course of Mr. Big operations. This framework is significantly different from the one advanced on behalf

Version française des motifs rendus par

[152] LE JUGE CROMWELL — Je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Moldaver quant au cadre juridique qui devrait s'appliquer aux déclarations obtenues d'un accusé à l'issue d'une opération « Monsieur Big ». Je fais mienne également son analyse de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son examen de la demande de l'intimé d'exclure le public de la salle d'audience pendant son témoignage. Mon seul point de désaccord avec lui a trait à l'opportunité que notre Cour statue sur l'admissibilité des déclarations de M. Hart aux agents banalisés. À mon avis, elle doit s'en abstenir. Je suis donc d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel à l'effet de tenir un nouveau procès, mais de laisser au juge du procès le soin de statuer sur l'admissibilité des déclarations conformément au cadre établi dans les motifs du juge Moldaver. J'arrive à cette conclusion pour quatre raisons.

[153] Premièrement, nous sommes aux prises en l'espèce avec trois versions données par M. Hart lui-même de ce qui est arrivé aux enfants. Selon la première, il aurait paniqué. C'est celle à laquelle il s'en est obstinément tenu lorsque les policiers l'ont longuement soumis à un interrogatoire serré. Selon la deuxième, il aurait eu une crise d'épilepsie. M. Hart a communiqué avec les policiers pour leur avouer qu'il ne leur avait pas dit la vérité lors des interrogatoires précédents et il leur a donné cette version des faits. Selon la troisième, il aurait délibérément tué les enfants. Il l'aurait affirmé deux fois aux agents banalisés au cours de l'opération Monsieur Big.

[154] J'estime qu'il est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice de déterminer dans le cadre d'un procès, à l'aide du bon cadre juridique désormais établi, si M. Hart a joué un rôle ou non dans la mort de ces enfants sans défense.

[155] Deuxièmement, la Cour établit aujourd'hui pour la première fois un cadre exhaustif qui permet de décider de l'admissibilité d'une déclaration obtenue au cours d'une opération Monsieur Big. Ce cadre diffère grandement de celui proposé au nom

of Mr. Hart at trial and considered by the trial judge and also from the approach adopted by the majority of the Court of Appeal. In my respectful view, it is fundamentally unfair for an appellate court to apply this new legal framework to the evidentiary record developed at trial, a record developed to address markedly different legal issues. The Crown submitted, and not at all implausibly, that if the issue of vulnerability, for example, had been advanced at trial, the Crown would have adduced additional and different evidence: transcript, at pp. 32-34.

de M. Hart lors du procès et alors examiné par le juge, ainsi que de la démarche des juges majoritaires de la Cour d'appel. À mon humble avis, il serait foncièrement injuste qu'une cour d'appel applique ce nouveau cadre juridique au dossier de preuve constitué au procès, lequel devait permettre de trancher des questions de droit très différentes. Le ministère public fait valoir que si, par exemple, la question de la vulnérabilité avait été soulevée au procès — ce qui n'est pas du tout invraisemblable —, il aurait présenté des éléments de preuve supplémentaires et différents (transcription, p. 32-34).

[156] Third, although the legal issues in relation to the admissibility of Mr. Hart's statements are different in light of our holding in this case, the findings made by the trial judge nonetheless convince me that it would be unwise for this Court to attempt to apply this new framework to the existing record.

[156] Troisièmement, bien que les questions de droit considérées au procès relativement à l'admissibilité des déclarations de M. Hart diffèrent de celles retenues aujourd'hui par notre Cour, les conclusions du juge du procès me convainquent que nous serions malavisés de tenter d'appliquer le nouveau cadre au dossier existant.

[157] At trial, Mr. Hart maintained that he was "intimidated, scared and felt trapped in his ability to get out" and that his motive to lie about having murdered his children was "the money, the friendships he created with undercover operators, the lifestyle and the chance to get out of Newfoundland": trial judge's *voir dire* reasons, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at para. 33. Mr. Hart argued at trial that his statements resulted from implied threats, coercions and psychological coercion: *ibid.*, at para. 42.

[157] Au procès, M. Hart a soutenu qu'il avait été [TRADUCTION] « intimidé, apeuré, qu'il s'était senti pris au piège au sein de l'organisation » et que « l'argent, les liens d'amitié établis avec les agents banalisés, le mode de vie et l'occasion de quitter Terre-Neuve » l'avaient incité à avouer faussement l'assassinat de ses enfants (motifs du juge du procès sur le voir-dire, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 33). Il a fait valoir que ses déclarations avaient été le produit de menaces implicites et de la contrainte, notamment psychologique (*ibid.*, par. 42).

[158] The trial judge, who had the advantage of seeing and hearing the witnesses, including Mr. Hart, flatly rejected these contentions as having no foundation in fact. The trial judge found as a fact that Mr. Hart was offered the opportunity to stop his involvement at any time: "[h]e had numerous chances to leave the operation, but made no effort to do so" (*voir dire* reasons, at para. 61). In fact, Mr. Hart, according to the trial judge, "continued to show his willingness to become more involved and to take greater risks. . . . Mr. Hart wanted to work and continually pressured [the undercover officers]

[158] Le juge du procès, qui a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, y compris M. Hart, rejette catégoriquement ces prétentions au motif qu'elles sont dénuées de tout fondement factuel. Il tient pour avéré qu'on a donné à M. Hart la possibilité de mettre fin à sa participation à tout moment : [TRADUCTION] « [i]l aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais il n'a pris aucune mesure en ce sens » (motifs sur le voir-dire, par. 61). En fait, selon lui, M. Hart « a continué de montrer son empressement à jouer un rôle accru et à prendre de plus grands risques. [. . .] Il

for more work outside of Newfoundland": *ibid.*, at paras. 59 and 61.

[159] The trial judge also considered Mr. Hart's position that his statements should be excluded because they did not meet the threshold requirements of reliability. The statements, argued Mr. Hart, were the result of implied threats and intimidation and occurred in the context of paying him to perform illegal activities. In light of all these circumstances, the statements did not meet the required threshold reliability for admission.

[160] The trial judge rejected these submissions: *voir dire* reasons, at paras. 136-42. He referred to his earlier findings that there was no intimidation or coercion. He also found that the motive to lie advanced by Mr. Hart did not make sense. Why would Mr. Hart risk being caught in his own lie to the "boss" in an attempt to gain the confidence of the organization, after being warned of what the consequences of lying would be shortly before the interview (para. 138)? As the trial judge explained:

> It is true that Mr. Hart wanted into the organization and he did have a motive to lie, but there was reason for him to come clean with the "boss", especially when coming clean meant any potential problem Mr. Hart may have had could be eliminated by the very person he was telling the problem to. It is interesting to note that Mr. Hart actually went to a WalMart store and stood in front of a video camera to have his photo taken at a designated time. This designated time was supposed to be the time when a particular individual who witnessed the drowning was supposed to have been taken care of by one of the crime gang members.
>
> The purpose of the picture was to provide an alibi for Mr. Hart as it related to taking care of the individual that supposedly had seen Mr. Hart commit the crime. [paras. 140-41]

[161] Finally, there is evidence that about mid-way through the Mr. Big operation, Mr. Hart, in order to establish his ability to do what might be required

voulait travailler et faisait constamment pression sur [les agents banalisés] pour qu'ils lui confient davantage de travail à l'extérieur de Terre-Neuve » (*ibid*., par. 59 et 61).

[159] Le juge du procès se prononce aussi sur la prétention de M. Hart selon laquelle ses déclarations devaient être exclues de la preuve parce qu'elles ne satisfaisaient pas au seuil de fiabilité. M. Hart a soutenu avoir fait les déclarations par suite de menaces implicites et d'intimidation et dans un contexte où il était rémunéré pour se livrer à des activités illégales. Ainsi, au vu de toutes ces circonstances, les déclarations ne répondaient pas au seuil de fiabilité applicable en matière d'admissibilité de la preuve.

[160] Le juge du procès rejette ces arguments (motifs sur le voir-dire, par. 136-142) et conclut à nouveau à l'absence d'intimidation ou de contrainte. Il estime aussi que la raison pour laquelle M. Hart aurait menti ne tient pas debout. S'il souhaitait gagner la confiance de l'organisation, pourquoi aurait-il risqué de se faire prendre à mentir au [TRADUCTION] « patron » alors qu'on l'avait mis en garde contre les conséquences d'une telle conduite peu avant la rencontre (par. 138)? Comme l'explique le juge du procès :

> [TRADUCTION] Certes, M. Hart voulait faire partie de l'organisation et avait une raison de mentir, mais il avait intérêt à jouer franc-jeu avec le « patron », surtout s'il s'ensuivait que tout problème qu'il aurait pu avoir pouvait être résolu par la personne même à qui il se confiait. Il convient d'ailleurs de signaler que M. Hart s'est rendu dans un magasin WalMart où il s'est placé devant une caméra de surveillance afin que son image soit captée à une heure donnée. C'était l'heure à laquelle un des membres du gang était censé s'occuper d'un témoin de la noyade.
>
> L'objectif était que M. Hart dispose d'un alibi relativement à l'élimination de la personne qui l'aurait vu commettre le crime. [par. 140-141]

[161] Enfin, des éléments établissent que, vers le milieu de l'opération Monsieur Big, M. Hart a dit à un agent banalisé, pour le convaincre qu'il était

of him, told an undercover officer that he had deliberately killed his daughters. This is the April 10, 2005 statement. The evidence was that Mr. Hart showed the officer a picture of the twins and said that they were his own blood but that he had killed them and had planned it: 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, *per* Barry J.A., at para. 10. Mr. Hart denied making this statement in his *voir dire* evidence. It is not clear to me that this statement would inevitably be excluded at a new trial on the framework governing admissibility established in Moldaver J.'s reasons. Of course, if ruled admissible, it would be for the jury to decide whether Mr. Hart made this statement and what weight, if any, to give it. The Court of Appeal refused to exclude this statement, leaving its admissibility to be determined at a new trial: para. 258. I agree with that conclusion.

[162] In my respectful view, the admissibility of the respondent's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the parties and the trial judge will have the benefit of the new framework established in Moldaver J.'s reasons and will be able to focus their evidence and arguments accordingly.

[163] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

Karakatsanis J. —

I. Introduction

[164] The Mr. Big technique is a Canadian innovation that has proven effective in resolving intractable criminal investigations. During a typical Mr. Big operation, undercover police officers befriend the suspect and induct him into a fictional criminal organization. Over time, they secure his loyalty and trust. Ultimately, they introduce the target to the leader of the organization, who requires him to admit his involvement in the offence the police are investigating.

capable d'accomplir ce qu'on pourrait exiger de lui, qu'il avait délibérément tué ses filles. Il s'agit de la déclaration du 10 avril 2005. Selon la preuve, M. Hart a montré à l'agent une photo des jumelles et lui a dit qu'il s'agissait de ses propres enfants, qu'il avait tués avec préméditation (2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, le juge Barry, par. 10). Lors du voir-dire, M. Hart a nié la déclaration. Il ne me paraît pas évident que cette déclaration serait nécessairement écartée lors d'un nouveau procès en application du cadre établi par le juge Moldaver pour statuer sur l'admissibilité. Bien entendu, si la déclaration était jugée admissible, il appartiendrait au jury de décider si M. Hart l'a faite et de déterminer sa valeur probante, s'il en est. La Cour d'appel refuse d'exclure la déclaration et laisse au tribunal inférieur le soin de statuer sur son admissibilité lors d'un nouveau procès (par. 258). Je souscris à sa conclusion.

[162] À mon humble avis, l'admissibilité ou l'inadmissibilité des déclarations de l'intimé aux agents banalisés devrait être déterminée dans le cadre d'un nouveau procès, les parties et le juge disposant alors du nouveau cadre établi par le juge Moldaver et pouvant ainsi avancer des éléments de preuve et des arguments en conséquence.

[163] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

La juge Karakatsanis —

I. Introduction

[164] La technique Monsieur Big est une innovation canadienne qui s'est révélée efficace pour résoudre des enquêtes criminelles insolubles. Au cours d'une opération type, des agents banalisés se lient d'amitié avec le suspect et l'amènent à se joindre à une organisation criminelle fictive. Ils acquièrent avec le temps sa loyauté et sa confiance, puis le présentent finalement au chef de l'organisation, qui exige alors qu'il avoue sa participation à l'infraction sur laquelle enquête la police.

[165] However, Mr. Big operations entail significant dangers. The detailed artificial reality created by the operation is purposively manipulative and can compromise the autonomy and human dignity of the suspect. Moreover, the technique generates a significant risk of false confessions, as an individual who is pressured to confess may do or say anything to please Mr. Big and avoid losing his new life. The technique entangles the target in a web of prejudicial evidence that may undermine trial fairness. Finally, the unrestricted use of this tactic risks abusive state conduct, as the police devote substantial resources to manipulating suspects who are presumed to be innocent.

[166] Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. My colleague Moldaver J. would therefore address the admissibility of Mr. Big confessions by creating a new rule of evidence under the common law. Under this rule, Mr. Big confessions are inadmissible unless the Crown establishes that the probative value of the confession (factoring in its reliability) outweighs its prejudicial effect. He would leave concerns about state conduct to the abuse of process doctrine.

[167] I fear that the proposed common law rule fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. These concerns are recognized in our jurisprudence dealing with confessions to the state and lie at the root of the principle against self-incrimination.

[168] In my view, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the appropriate analytical framework to regulate Mr. Big operations because of the state's central role in generating the confession. These operations raise three vital concerns: the reliability of the evidence generated, the autonomy of suspects, and the potential for abuse of state power. In addition, the technique creates criminal propensity evidence that can undermine trial fairness. The

[165] L'opération comporte toutefois des risques importants. Elle crée un monde fictif à dessein manipulateur et susceptible de compromettre l'autonomie du suspect et sa dignité humaine. La technique risque aussi sérieusement de mener à de faux aveux car le sujet pressé d'avouer un crime peut faire ou dire n'importe quoi pour plaire à Monsieur Big et ne pas devoir renoncer à sa nouvelle vie. Elle amène le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une preuve préjudiciable susceptible de miner l'équité du procès. Enfin, le recours non balisé à cette tactique risque de rendre la conduite de l'État abusive du fait que la police consacre d'importantes ressources à la manipulation de suspects qui sont présumés innocents.

[166] Les règles traditionnelles qui régissent les aveux obtenus par l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence, ne s'appliquent pas aux aveux issus d'une opération Monsieur Big. Mon collègue le juge Moldaver statue donc sur l'admissibilité de ces aveux par la création, en common law, d'une nouvelle règle de preuve selon laquelle pareils aveux sont inadmissibles à moins que le ministère public ne prouve que leur valeur probante (eu égard à leur fiabilité) l'emporte sur leur effet préjudiciable. La doctrine de l'abus de procédure permet à son avis de remédier au risque de conduite abusive de l'État.

[167] Je crains que cette nouvelle règle ne tienne pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. La jurisprudence de la Cour relative aux aveux faits à l'État prend acte de ces préoccupations, qui forment l'assise du principe interdisant l'auto-incrimination.

[168] La *Charte canadienne des droits et libertés* offre le cadre d'analyse voulu pour régir le recours à la technique Monsieur Big étant donné le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. L'opération est problématique au regard de trois considérations fondamentales : la fiabilité de la preuve obtenue, l'autonomie du suspect et le risque d'abus du pouvoir de l'État. De plus, elle permet de constituer une preuve de propension à la criminalité qui

principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

[169] In this case, the respondent, Mr. Hart, was suspected of drowning his daughters. Over two years later, the police undertook an intensive months-long operation in which they exploited his poverty and social isolation by offering him novel experiences: lucrative employment, friendship and a sense of self-worth. The respondent was led to believe that for this life to continue, he must confess to "Mr. Big". The investigation and resulting confession demonstrate the serious risks of these operations. The police used their overwhelming power and resources to create an alternate reality and to obtain a confession of dubious reliability through an operation with a devastating impact on the accused. In doing so, they violated the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*.

[170] I agree with Moldaver J.'s decision to exclude the confessions. However, I would reach that conclusion through the analytical lens of the principle against self-incrimination.

II. Framework for Admissibility of State-Induced Confessions

A. *The Dangers Inherent to Confessions to the State*

[171] Confessions to state agents raise special concerns for the criminal justice system. Over the centuries, our common law tradition has responded to these dangers. The jurisprudence recognizes that individuals sometimes make false confessions that can result in miscarriages of justice, affirms that respect for human dignity and free choice means that individuals should not be coerced by the state to provide self-incriminating evidence, and discourages the state from conducting criminal investigations in a way that offends our sense of fair play or compromises the integrity of the administration of justice. Recognizing that particular vigilance is

est susceptible de compromettre l'équité du procès. Le principe interdisant l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

[169] En l'espèce, l'intimé, M. Hart, était soupçonné du meurtre par noyade de ses filles. Plus de deux ans après les décès, la police l'a soumis pendant des mois à une opération soutenue au cours de laquelle des agents banalisés ont tiré parti de sa pauvreté et de son isolement social en lui offrant de vivre de nouvelles expériences : un emploi lucratif, des relations d'amitié et une valorisation personnelle. Ils l'ont amené à croire que, pour pérenniser sa nouvelle situation, il devait faire des aveux à Monsieur Big. L'enquête et les aveux qui en ont découlé montrent qu'une telle opération comporte des risques sérieux. La police a utilisé ses vastes pouvoirs et ressources pour créer un monde parallèle et obtenir un aveu d'une fiabilité douteuse au moyen d'une opération aux effets catastrophiques pour l'accusé. Ce faisant, elle a porté atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[170] À l'instar du juge Moldaver, je suis d'avis d'exclure les aveux obtenus. Je fonde toutefois ma conclusion sur une analyse axée sur le principe interdisant l'auto-incrimination.

II. Cadre d'analyse applicable à l'admissibilité d'aveux sollicités par l'État

A. *Les risques inhérents aux aveux faits à l'État*

[171] Les aveux recueillis par des représentants de l'État présentent des risques particuliers pour le système de justice pénale. Au cours des siècles, notre tradition de common law a évolué de façon à pallier ces risques. La jurisprudence reconnaît que certaines personnes font parfois de faux aveux susceptibles d'entraîner des erreurs judiciaires, elle confirme que, pour respecter la dignité humaine et la liberté de choix, l'État ne peut contraindre une personne à produire une preuve auto-incriminante et elle dissuade l'État de mener des enquêtes criminelles d'une manière qui porte atteinte au sens du franc-jeu propre à notre société ou qui

required to protect against miscarriages of justice caused by unreliable confessions, the law has developed specialized rules that respect both fairness to the individual and the societal interest in investigating crime and seeking the truth at trial.

compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Reconnaissant la nécessité de précautions particulières pour éviter les erreurs judiciaires occasionnées par des aveux non dignes de foi, le droit s'est doté de règles spéciales qui respectent à la fois l'équité envers la personne ainsi que l'intérêt de la société à ce que la police enquête sur les crimes et à ce que la vérité soit établie au procès.

[172] Mr. Big operations have procured confessions when traditional investigative techniques have failed. Indeed, that is their sole purpose. These operations, often costly and complex, create elaborate false realities for their targets in which they are valued and rewarded. Threats and inducements are tailored to exploit suspects' vulnerabilities, and confessing becomes necessary for their new lives to continue. The very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. In addition, Mr. Big operations create prejudicial evidence of criminal propensity which has the potential to compromise accused persons' ability to make full answer and defence, undermining the fairness of the trial.

[172] Les opérations Monsieur Big permettent de recueillir des aveux que les techniques traditionnelles d'enquête ne permettent pas d'obtenir. C'est là en fait leur seule raison d'être. Souvent coûteuses et complexes, elles comportent la mise au point minutieuse d'un univers fictif dans lequel les suspects sont valorisés et récompensés. Les menaces et les incitations sont conçues pour exploiter la vulnérabilité du suspect et l'amener à croire qu'il doit passer aux aveux s'il souhaite poursuivre sa nouvelle vie. La conception même de l'opération Monsieur Big fait naître une situation qui (1) compromet l'autonomie du suspect, (2) diminue la fiabilité de l'aveu et (3) fait craindre la conduite abusive de l'État. Elle permet aussi la constitution d'une preuve préjudiciable de propension à la criminalité qui est susceptible de faire obstacle à une défense pleine et entière et de compromettre ainsi l'équité du procès.

[173] Despite these dangers, the Mr. Big technique has not been extensively reviewed by this Court. In *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, the Court upheld the admissibility of the Mr. Big statements obtained in that case in a brief oral judgment, finding that "the tricks used by the police were not likely to shock the community" (p. 481). But *McIntyre* was very different from this case: the operation lasted for only 10 days, the police officers posing as criminals immediately revealed the illegal nature of their activities, and the "job" offer they made to McIntyre at the outset required him to prove he was capable of killing (see *R. v. McIntyre* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266 (C.A.)).

[173] Malgré ces risques, la Cour s'est peu prononcée sur la technique Monsieur Big. Dans *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, dans de brefs motifs oraux, elle confirme la recevabilité des déclarations obtenues grâce à la technique dans ce cas et elle conclut que « les artifices utilisés par les policiers n'étaient pas de nature à choquer la collectivité » (p. 481). Les faits étaient toutefois fort différents de ceux de la présente espèce : l'opération n'avait duré que 10 jours, les policiers qui s'étaient fait passer pour des criminels avaient immédiatement révélé l'illégalité de leurs activités et l'offre d'« emploi » exigeait d'entrée de jeu de M. McIntyre qu'il prouve sa capacité de tuer (voir *R. c. McIntyre* (1993), 135 R.N.-B. (2e) 266 (C.A.)).

[174] Existing safeguards that govern confessions made to the state are rooted in traditional investigative techniques and fail to properly regulate Mr. Big

[174] Les garanties actuelles applicables aux aveux recueillis par l'État prennent leur source dans les techniques traditionnelles d'enquête et ne

operations. The confessions rule does not apply in a Mr. Big operation because the suspect is not aware that he is speaking to a person in authority (*R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 24-29; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27), nor does the right to silence, which arises only upon a suspect's detention (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 184; *McIntyre*). Thus, Mr. Big confessions fall into the gaps between the traditional rules.

[175] The Court cannot countenance this void. The existing rules assist in identifying the interests affected and dangers generated by Mr. Big operations and in structuring a principled and responsive legal framework. The confessions rule guards against unreliable confessions and regulates state conduct to protect basic fairness in the criminal process (*R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 68-69). The right to silence focuses on autonomy, choice and fairness by protecting detained persons' "right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent" (*Hebert*, at p. 180). More broadly, the principle against self-incrimination from which these protections stem is based upon respect for an individual's autonomy and human dignity, which give that individual the right to choose whether to incriminate herself. The principle serves "at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state" (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 43; see also *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250).

B. *The Principle Against Self-Incrimination*

[176] Mr. Big confessions engage the constitutional principle against self-incrimination protected under s. 7 of the *Charter*. Section 7 reads:

> Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

permettent pas d'encadrer convenablement l'opération Monsieur Big. La règle des confessions ne s'applique pas à celle-ci, car le suspect ignore qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité (*R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 24-29; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27); il en va de même pour le droit de garder le silence, qui vaut uniquement en cas de détention du suspect (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 184; *McIntyre*). En conséquence, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big échappe à l'application des règles traditionnelles.

[175] La Cour ne peut admettre pareil vide juridique. Les règles existantes contribuent à la détermination des droits qui sont touchés par l'opération et des risques qu'elle crée, ainsi qu'à la mise au point d'un cadre d'analyse raisonnée qui soit adapté. La règle des confessions protège contre l'aveu non digne de foi et régit les actes de l'État afin de préserver l'équité fondamentale de la procédure pénale (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 68-69). Le droit de garder le silence met l'accent sur l'autonomie, la liberté de choix et l'équité en protégeant le droit de la personne détenue « de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence » (*Hebert*, p. 180). Plus généralement, le principe interdisant l'auto-incrimination, dont découlent ces garanties, prend appui sur le respect de l'autonomie de la personne et de la dignité humaine, de sorte que chacun dispose du choix de s'incriminer ou non. Ce principe a « au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État » (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 43; voir également *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250).

B. *Le principe interdisant l'auto-incrimination*

[176] L'aveu issu d'une opération Monsieur Big fait intervenir le principe constitutionnel de la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

> Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[177] In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, Lamer C.J. described the principle against self-incrimination as follows:

> Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution . . . .
>
> The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a majority of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise. [Emphasis added; pp. 577-78.]

[178] Section 7 has a well-recognized residual role with respect to the principles of fundamental justice, of which ss. 8 to 14 are examples (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3 and 512). The principle against self-incrimination manifests itself in specific protections such as the s. 7 right to silence recognized in *Hebert*, the s. 10(*b*) right to counsel, the s. 11(*c*) rule of non-compellability and the s. 13 *privilege* against self-incrimination (see *Jones*, at pp. 251-56; H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at pp. 8-9). However, in considering the scope of the principle, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, Lamer J. (dissenting, but not on this point), agreed with the majority that "the specific enumerations in ss. 11(*c*) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7" (p. 442).

[179] The principle against self-incrimination is, therefore, a robust and dynamic concept which

[177] Dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer dit ce qui suit du principe :

> Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . .
>
> La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'a proposé notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d'innocence et l'inégalité du rapport de force entre l'État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent. [Je souligne; p. 577-578.]

[178] L'article 7 joue un rôle résiduel bien établi au chapitre des principes de justice fondamentale, les art. 8 à 14 constituant des exemples de tels principes (*Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 502-503 et 512). Le principe interdisant l'auto-incrimination se manifeste par des garanties précises, dont le droit, reconnu dans l'arrêt *Hebert*, de garder le silence en application de l'art. 7, le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*), la règle de la non-contraignabilité énoncée à l'al. 11*c*) et le *privilège* de ne pas s'incriminer conféré par l'art. 13 (voir *Jones*, p. 251-256; H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 8-9). Toutefois, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, appelé à se prononcer sur la portée du principe, le juge Lamer (dissident, mais non sur ce point) convient avec les juges majoritaires que « [ce qui est précisé] à l'al. 11*c*) et à l'art. 13 de la *Charte* ne couvr[e] pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l'art. 7 et n'empêch[e] pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7 » (p. 442).

[179] Le principe interdisant l'auto-incrimination constitue donc une notion à la fois consistante et

addresses the dangers that arise from confessions made to state agents. It provides a principled approach to dealing with confessions to the state.[11] In my view, the principle provides the appropriate response to Mr. Big cases, for several reasons.

[180] First, Mr. Big operations deploy significant state resources to create a new world, where the target often feels that there is no choice but to confess. They directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle against self-incrimination is meant to protect. The principle against self-incrimination acknowledges the tremendous power of the state and protects the individual's freedom to choose whether to make a statement to the police. The right not to be compelled to incriminate oneself has deep roots. It is an overarching organizing principle in our criminal justice system, of which the confession rule and the right to silence are emanations (*Hebert*, at p. 175). It makes sense to rely upon this foundational principle in responding to confessions that are generated by and made to state agents.

[181] Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. The scope of s. 7's protection against self-incrimination is to be "determined on a case-by-case basis" (*Jones*, at p. 257).

[182] Third, the principle against self-incrimination provides an opportunity to weigh concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. These concerns are factually and conceptually intertwined. For example, if the police overreach in their reliance on threats and inducements, this will be relevant to determining

11 While these reasons concentrate on its application to the Mr. Big context, I see no reason why the principle cannot be adapted to govern other innovative police tactics designed to elicit confessions.

dynamique qui permet de remédier aux risques que présentent les aveux recueillis par des représentants de l'État. Il offre une approche raisonnée pour l'analyse de tels aveux[11]. Il s'agit à mon avis du principe qu'il convient d'appliquer lorsque l'aveu résulte d'une opération Monsieur Big, et ce, pour plusieurs motifs.

[180] Premièrement, aux fins d'une telle opération, l'État consacre des ressources substantielles à la création d'un milieu fictif au sein duquel le suspect finit souvent par croire qu'il n'a d'autre choix que de passer aux aveux. L'opération fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que vise à défendre le principe interdisant l'auto-incrimination. Ce principe reconnaît le pouvoir considérable détenu par l'État et assure la liberté de l'individu de décider de faire ou non une déclaration à la police. Le droit de ne pas être contraint de s'incriminer a des origines anciennes. Il s'agit d'un principe directeur prépondérant de notre système de justice pénale dont sont issus la règle des confessions et le droit de garder le silence (*Hebert*, p. 175). Il est logique de se fonder sur ce principe fondamental pour statuer sur l'admissibilité des aveux générés par des représentants de l'État et faits à ceux-ci.

[181] Deuxièmement, comme mon approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination, point n'est besoin de créer une nouvelle règle. La portée de la protection contre l'auto-incrimination qui découle de l'art. 7 est « déterminée cas par cas » (*Jones*, p. 257).

[182] Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée les craintes touchant à la fiabilité, à l'autonomie et à la conduite de l'État, des considérations étroitement liées sur les plans factuel et conceptuel. À titre d'exemple, lorsque la police aura eu indûment recours aux menaces et aux incitations, il conviendra de se

11 Bien que les présents motifs portent essentiellement sur son application aux opérations Monsieur Big, je ne vois pas pourquoi le principe ne pourrait pas être adapté puis appliqué à d'autres tactiques policières innovatrices conçues pour soutirer des aveux.

whether the operation was unduly coercive, may undermine the reliability of the confession, and will raise the spectre of abuse.

[183] Finally, the principle against self-incrimination addresses suspects' rights both during the Mr. Big operation and at trial; a rule for addressing these operations must regulate both. A fair trial cannot be based on evidence obtained through fundamentally unfair state tactics. That being so, trial fairness and investigative fairness should not be addressed in freestanding inquiries. As the Court explained in *White*, "[i]n every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement" (para. 48 (emphasis added)).

[184] Consistent with *Charter* jurisprudence, the onus is on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach. Consequently, the Crown should always be prepared to demonstrate the admissibility of the resulting evidence. This will encourage the police to give careful consideration to the constitutionality of the operation and will incentivize recording of the Mr. Big "scenarios" where possible. Given that the entire operation, not just the final meeting, is relevant to the admissibility of any evidence obtained, thorough records would make it easier for the court to assess the investigation and would allow the police to defend against allegations of undue coercion or state misconduct.

[185] The principle against self-incrimination also works to secure trial fairness, which is a principle of fundamental justice recognized under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Trial fairness may be compromised whenever there are concerns about how police

demander si l'opération était indûment coercitive, la fiabilité de l'aveu pourra être mise en doute et l'éventualité d'un abus de pouvoir sera considérée.

[183] Enfin, le principe protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération Monsieur Big qu'au procès, et pour assujettir une telle opération, la règle retenue doit valoir aux deux étapes. Un procès équitable ne saurait reposer sur des éléments de preuve obtenus au moyen de procédés étatiques foncièrement inéquitables. Cela étant, l'équité du procès et celle de l'enquête ne devraient pas faire l'objet d'analyses distinctes. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *White*, « [d]ans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration » (par. 48 (je souligne)).

[184] Suivant la jurisprudence relative à l'application de la *Charte*, il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera d'ailleurs le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Il incombera ensuite au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe. Le ministère public doit donc toujours être prêt à démontrer l'admissibilité de la preuve issue d'une telle opération, ce qui est de nature à inciter la police à se soucier de la constitutionnalité de l'opération et à enregistrer le déroulement des « scénarios » chaque fois que ce sera possible de le faire. Puisque l'admissibilité de la preuve obtenue est appréciée au regard de l'ensemble de l'opération, et non seulement de la rencontre finale, la constitution d'un dossier détaillé facilitera la tâche du tribunal appelé à se prononcer sur l'enquête et permettra à la police de contester toute allégation de contrainte abusive ou de conduite répréhensible de l'État.

[185] La protection contre l'auto-incrimination contribue aussi à garantir l'équité du procès, laquelle constitue un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'équité du procès peut être compromise

have obtained self-incriminating evidence, where such evidence is of dubious reliability, and where juries have difficulty evaluating the truthfulness of confessions. There is scope to consider all of these factors under the principle against self-incrimination.

C. *Applying the Principle Against Self-Incrimination to Mr. Big Cases*

[186] The Court applied the principle against self-incrimination in *White*. The *White* framework deals directly with three interrelated concerns which ground the traditional rules respecting confessions to the state: autonomy, reliability, and state conduct. As the Court explained,

> [t]he definition of the principle against self-incrimination as an assertion of human freedom is intimately connected to the principle's underlying rationale. As explained by the Chief Justice in *Jones*, *supra*, at pp. 250-51, the principle has at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state. There is both an individual and a societal interest in achieving both of these protections. Both protections are linked to the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity: see, e.g., *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 480, *per* Wilson J.; *Jones*, *supra*, at pp. 250-51, *per* Lamer C.J.; and *Fitzpatrick*, *supra*, at paras. 51-52, *per* La Forest J. [Emphasis added; para. 43.]

[187] The Court identified four factors which help to determine whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements:

(1) whether there was an adversarial relationship between the accused and the state at the time the statements were obtained;

(2) whether there was coercion by the state in obtaining the statements;

(3) whether there was a risk of unreliable confessions as a result of any compulsion; and

chaque fois qu'il existe des doutes sur le mode d'obtention d'une preuve auto-incriminante par les policiers, lorsque la fiabilité de cette preuve est douteuse et lorsque les jurés ont du mal à juger de la véracité d'un aveu. La grande portée du principe interdisant l'auto-incrimination permet de tenir compte de toutes ces considérations.

C. *Application du principe à l'opération Monsieur Big*

[186] Dans *White*, la Cour applique le principe. Le cadre analytique qu'elle y établit s'attache directement à trois soucis connexes qui fondent les règles traditionnelles applicables aux aveux faits à l'État : l'autonomie, la fiabilité et la conduite de l'État. Comme l'explique la Cour,

> [l]a définition du principe interdisant l'auto-incrimination comme une affirmation de la liberté humaine est intimement liée à la raison d'être de ce principe. Comme l'explique le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le principe a au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Tant les individus que la société ont un intérêt dans l'existence de ces deux protections. Celles-ci sont liées à la valeur qu'attribue la société canadienne à la vie privée, à l'autonomie personnelle et à la dignité : voir, p. ex., *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480, le juge Wilson; *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le juge en chef Lamer; et *Fitzpatrick*, précité, aux par. 51 et 52, le juge La Forest. [Je souligne; par. 43.]

[187] La Cour fait état de quatre questions à se poser pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination :

(1) Une relation de nature contradictoire existait-elle entre l'accusé et l'État au moment des déclarations?

(2) L'État a-t-il eu recours à la contrainte pour obtenir les déclarations?

(3) La contrainte risquait-elle de rendre les aveux non dignes de foi?

(4) whether permitting the use of the statements would lead to an increased risk of abusive state conduct. (*White*, at paras. 53-66)

[188] While these factors are interrelated, in the Mr. Big context, each emphasizes a particular legal interest or principle. The coercion factor is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. Finally, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. Although each factor underscores a particular concern, specific facts or tactics may implicate more than one danger, and therefore may be considered under more than one part of the analysis. Ultimately, these factors are intertwined and should be considered together.

[189] This approach does not identify prejudice as a factor to be considered under the principle against self-incrimination. However, the prejudice created by the evidence of criminal propensity is indirectly relevant to reliability and state conduct. Moreover, the trial judge retains the residual power to exclude evidence on the basis of trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 24 and 41) or when its probative value is outweighed by its prejudicial effect.

[190] When applying this principled approach to state-induced confessions, the courts should apply the test in a way that protects the fundamental interests at stake and responds to the dangers raised by the particular circumstances.

(1) Adversarial Relationship

[191] The principle against self-incrimination is directly applicable where individuals are in adversarial relationships with the state. In a Mr. Big operation, the state deliberately sets out to obtain a

(4) Permettre l'utilisation des déclarations augmenterait-il le risque de conduite abusive de l'État? (*White*, par. 53-66)

[188] Même s'il s'agit de considérations connexes, dans le contexte d'une opération Monsieur Big, chacune d'elles s'attache à un intérêt ou à un principe juridique particulier. Le recours à la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et appelle à se demander si le suspect avait le choix de se confier ou non aux autorités. La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration. Enfin, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Même si chacune des considérations met l'accent sur une crainte précise, certains faits ou certaines tactiques peuvent présenter plus d'un risque et peuvent donc être examinés au regard de plusieurs éléments de l'analyse. En fin de compte, ces considérations sont interreliées et doivent être embrassées globalement.

[189] L'approche ne voit pas dans le préjudice infligé un élément à considérer pour déterminer s'il y a eu ou non manquement au principe interdisant l'auto-incrimination. Le préjudice causé par la preuve de propension à la criminalité joue toutefois indirectement dans l'appréciation de la fiabilité d'une preuve et de la régularité de la conduite de l'État. De plus, le juge du procès conserve le pouvoir résiduel d'exclure une preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 24 et 41) ou dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante.

[190] Le tribunal appelé à se prononcer sur l'admissibilité d'aveux sollicités par l'État doit appliquer cette approche raisonnée de façon à protéger les intérêts fondamentaux en jeu et à pallier les risques propres à la situation considérée.

(1) Relation de nature contradictoire

[191] La protection contre l'auto-incrimination s'applique d'emblée en présence d'une relation de nature contradictoire entre l'individu et l'État. Lors d'une opération Monsieur Big, l'État cherche

confession from the suspect. By definition, the relationship is adversarial. Thus, this factor does not add to the analysis where there is a confession to Mr. Big.

(2) Coercion

[192] A confession is coerced when the accused is deprived of a free choice whether to admit, deny, or refuse to answer (*Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 258). In the context of a Mr. Big operation, a confession is coerced when the suspect is deprived of any reasonable alternative to confessing. While there will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation, the issue at this stage is the *extent* of that constraint. Coercion is not a binary. This means that even if the suspect had some alternative to confessing, the *degree* to which his free choice was compromised must be examined.

[193] While threats of violence are manifestly coercive, the principle of autonomy abhors coercion in all its forms. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and *Oickle*, this Court held that particularly manipulative trickery — for example, a police officer pretending to be a chaplain or a legal aid lawyer to obtain a confession — would shock the community. A Mr. Big operation is built upon *layers* of deception. The target is exposed not only to a false confidante, but false friends, a false job, and a false life.

[194] In determining the degree of coercion, the court should consider the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social, or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social, or economic disadvantages.

[195] By way of example, when financial inducements are offered to a person of means, it will be difficult to argue that he or she had no reasonable choice but to confess. On the much more serious end of the spectrum are operations which exploit individuals' particular weaknesses, such that they feel

délibérément à obtenir un aveu du suspect. La relation est, par définition, de nature contradictoire. Cette donnée n'ajoute donc rien à l'analyse dans le cas d'un aveu à Monsieur Big.

(2) Contrainte

[192] Un aveu est obtenu par la contrainte lorsque l'accusé n'est pas libre d'avouer, de nier ou de refuser de répondre (*Black's Law Dictionary* (6e éd. 1990), p. 258). Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, un aveu est obtenu par la contrainte lorsque le suspect n'a pas d'autre choix raisonnable que d'avouer. Bien qu'une certaine contrainte soit presque toujours exercée lors d'une telle opération, il convient à cette étape de l'analyse d'en déterminer l'*étendue*. La contrainte ne revêt pas un caractère binaire. Dès lors, même si le suspect avait quelque choix d'avouer ou non, le *degré* d'atteinte à sa liberté de choix doit être examiné.

[193] La menace de recourir à la violence constitue une contrainte manifeste, mais le principe de l'autonomie abhorre toute forme de contrainte. Dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et dans *Oickle*, la Cour statue qu'une supercherie à caractère particulièrement manipulateur — par exemple, un policier se faisant passer pour un aumônier ou un avocat de l'aide juridique dans le but d'obtenir un aveu — choquerait la collectivité. Or, l'opération Monsieur Big est constituée d'une *succession* de tromperies. Non seulement on présente au suspect un faux confident, mais on lui invente des amis, un emploi et une nouvelle vie.

[194] Pour déterminer le degré de contrainte exercée, le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique, ainsi que les caractéristiques du suspect, y compris toute faiblesse d'ordre mental, physique, social ou financier.

[195] Par exemple, lorsqu'on offre une gratification financière à une personne bien nantie, on peut difficilement prétendre que celle-ci n'a d'autre choix raisonnable que d'avouer. L'opération conçue pour exploiter certaines faiblesses et amener une personne à se croire obligée de s'incriminer fait

obliged to make a self-incriminating statement. Of course, sufficient pressure may cause even well-situated individuals to feel the force of coercion.

partie des cas de contrainte les plus graves. Certes, une pression suffisante peut même amener une personne sans déficience particulière à ressentir la force de la contrainte.

[196] This approach protects the autonomy of the suspect, a cardinal concern of the confessions rule (where it is also expressed as voluntariness) and the principle against self-incrimination more broadly. In *Hodgson*, for example, Cory J. (quoting L. Herman, "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, at p. 153, citing Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769)) noted that the common law "will not force any Man to accuse himself", and held that "from its very inception, the confessions rule was designed not only to ensure the reliability of the confession, but also to guarantee fundamental fairness in the criminal process" (para. 18 (emphasis deleted)).

[196] L'approche protège l'autonomie du suspect, un souci fondamental de la règle des confessions (laquelle renvoie également au caractère volontaire) et du principe interdisant l'auto-incrimination de manière générale. Dans l'arrêt *Hodgson*, par exemple, le juge Cory (renvoi à L. Herman, « The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I) » (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, p. 153, citant Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769) fait observer que la common law [TRADUCTION] « ne contraint pas une personne à s'incriminer » et statue que « depuis sa création, la règle des confessions a été conçue non seulement pour assurer la fiabilité des confessions, mais aussi pour garantir l'équité fondamentale des procédures criminelles » (par. 18 (soulignement omis)).

[197] Although the concern for autonomy interweaves with the goals of obtaining reliable evidence and curbing offensive state conduct, it exists in our adversarial legal system as an idea with its own normative force, namely, "a basic distaste for self-conscription" (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 83). As this Court has explained, "proper rules of battle between government and individual require that the individual . . . not be conscripted by his opponent to defeat himself" (*White*, at para. 42, citing *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, at p. 318).

[197] Malgré son interrelation avec l'objectif d'obtenir une preuve digne de foi et celui de contrer la conduite répréhensible de l'État, l'autonomie constitue, dans notre système judiciaire accusatoire, une notion dotée de sa propre force normative, à savoir « une aversion fondamentale pour la mobilisation contre soi-même » (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 83). Comme l'explique la Cour, [TRADUCTION] « selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [. . .] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite » (*White*, par. 42, citant *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, p. 318).

[198] In *S. (R.J.)*, the Court described the principle against self-incrimination as "the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose" (para. 81).

[198] Dans *S. (R.J.)*, la Cour voit dans la protection contre l'auto-incrimination « le principe de la souveraineté contenu dans l'idée qu'un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite » (par. 81).

[199] While there will almost always be *some* degree of coercion in a Mr. Big operation, this does

[199] Même si l'opération Monsieur Big fait presque toujours intervenir un *certain* degré de

not mean that any resulting confession will automatically be excluded. The police must have leeway to employ the Mr. Big technique up to a certain point. However, if the coercion was so great that the suspect was made to believe that he had no alternative but to confess, the statement will have been obtained unconstitutionally. Barring such extreme cases, the court must weigh the *nature and severity* of coercion alongside the reliability of any resulting statement and the conduct of the state, two factors I delineate below.

(3) Reliability

[200] False confessions can cause miscarriages of justice, condemn innocent individuals, and result in failures to convict the truly guilty (*Oickle*, at para. 32). Concern for reliability rightly underpins numerous protections against self-incrimination. Under the "reliability" analysis, the court will execute a robust gatekeeper function in assessing the risk of a false confession, and corroborating or supporting evidence will usually be a prerequisite to admission.

[201] This appraisal is of paramount importance because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. Juries generally find it difficult to believe that someone would confess to a crime she did not commit (*Oickle*, at para. 34), and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced (S. M. Kassin et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav*. 3, at p. 24). This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused who falsely confessed is in a catch-22 situation; his only course to explain away his statement is to admit that it was made to preserve his criminal lifestyle.

[202] As a consequence, the trial judge must play a gatekeeper role in assessing the reliability of the

contrainte, tout aveu qui en résulte n'est pas automatiquement inadmissible. La police doit pouvoir recourir à la technique jusqu'à un certain point. Cependant, lorsque la contrainte a été telle que le suspect a été amené à croire qu'il n'avait d'autre choix que de passer aux aveux, force est de conclure que la déclaration a été obtenue de façon inconstitutionnelle. Mis à part ce cas extrême, le tribunal doit soupeser *la nature et la gravité* de la contrainte de pair avec deux considérations que je développe ci-après, la fiabilité de la déclaration obtenue et la conduite de l'État.

(3) Fiabilité

[200] Le faux aveu peut mener à l'erreur judiciaire et faire en sorte qu'un innocent soit déclaré coupable et que le vrai coupable échappe à la justice (*Oickle*, par. 32). De nombreuses protections contre l'auto-incrimination reposent à juste titre sur le souci de fiabilité. Dans son analyse de la « fiabilité », le tribunal exercera strictement sa fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveu; généralement, l'existence d'une preuve de corroboration ou à l'appui constituera d'ailleurs une condition préalable à l'admission.

[201] Cette appréciation revêt une importance capitale, car les jurés ont souvent de la difficulté à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big. Les jurés ont généralement du mal à croire qu'une personne puisse avouer un crime qu'elle n'a pas commis (*Oickle*, par. 34) et ils sont peu enclins à ne pas tenir compte d'un aveu même lorsqu'ils savent que celui-ci a été obtenu par la contrainte (S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 24). Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l'opération. L'accusé qui fait un faux aveu se retrouve dans une situation sans issue; le seul moyen d'expliquer sa déclaration est d'admettre l'avoir faite pour préserver son mode de vie criminel.

[202] En conséquence, le juge du procès doit jouer son rôle de gardien lorsqu'il se penche sur

confession. Although the assessment of *ultimate* reliability — the final weight to be given to the confession — is the purview of the jury, a gatekeeping function is far from unprecedented. For example, trial judges are called upon to gauge the threshold reliability of hearsay evidence. In doing so, the judge may find evidence sufficiently trustworthy either because the circumstances of the statement are indicative of reliability or because the jury will have the tools to assess it (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 62-63; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at paras. 29-30).

[203] However, traditional indicia of reliability often cannot be relied upon in a Mr. Big operation. The confession of an accused is generally considered to be admissible hearsay, in part because it is a "statement against interest" and therefore more likely to be reliable. But statements to Mr. Big are not "against" the accused's interest at all: the target has been made to feel safe from legal consequences, and confessing is a precondition to membership in the organization, access to work, or some other benefit. Confessions are also treated as admissible hearsay because the accused, a party to the case, can testify that the confession was false (see *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). However, by design, the Mr. Big operation creates prejudicial evidence of criminal propensity. The accused must either let the confession stand or explain that he made it in order to continue his new criminal lifestyle.

[204] Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous, and the judge must evaluate their threshold reliability in order to satisfy the principle against self-incrimination.

[205] In order to find that a confession was constitutionally obtained, supporting evidence will usually be required. Under the confessions rule, corroborative evidence cannot salvage an involuntary statement.

la fiabilité de l'aveu. Bien que la fiabilité *en dernière analyse* — le poids final accordé à l'aveu — relève du jury, cette fonction de gardien est loin d'être nouvelle. À titre d'exemple, le juge du procès est appelé à établir le seuil de fiabilité de la preuve par ouï-dire. Il peut alors conclure que la déclaration est suffisamment digne de foi parce que les circonstances dans lesquelles elle a été faite comportent des indices de fiabilité ou parce que les jurés disposeront des moyens nécessaires pour juger de sa fiabilité (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 62-63; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 29-30).

[203] Or, souvent, les indices traditionnels de fiabilité ne pourront être pris en compte dans le cas d'une opération Monsieur Big. On estime généralement que l'aveu de l'accusé constitue une preuve par ouï-dire admissible, notamment parce qu'il s'agit d'une « déclaration contre l'intérêt » de son auteur, de sorte qu'elle peut être tenue pour digne de foi. Toutefois, la déclaration faite à Monsieur Big n'est pas du tout « contraire » à l'intérêt de l'accusé. Le suspect a été amené à se croire à l'abri de toute conséquence juridique, et avouer était une condition préalable pour devenir membre de l'organisation, obtenir du travail ou bénéficier d'autres avantages. L'aveu est également assimilé à une preuve par ouï-dire admissible parce que l'accusé, qui est partie au litige, peut témoigner et faire valoir la fausseté de son aveu (voir *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). Cependant, telle qu'elle est conçue, l'opération Monsieur Big donne lieu à une preuve préjudiciable de propension à la criminalité. Soit l'accusé ne conteste pas l'aveu, soit il explique l'avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel.

[204] En conséquence, l'aveu fait à Monsieur Big présente un risque particulier, et le tribunal doit établir son seuil de fiabilité afin de respecter le principe interdisant l'auto-incrimination.

[205] Une preuve à l'appui sera généralement exigée pour conclure à la constitutionnalité de l'obtention de l'aveu. Suivant la règle des confessions, une preuve de corroboration ne peut empêcher

That rule is not concerned with the reliability of the particular confession, but with the manner in which it was obtained. This is because "if the state were left with the option of simply corroborating forced confessions, there would be little incentive to refrain from reprehensible investigative measures" (*Hodgson*, at para. 20). However, under the self-incrimination framework, coercion and state conduct are independently considered under other factors, so there is no need to use reliability as a proxy for these concerns, and corroborative evidence may be considered.

l'exclusion d'une déclaration involontaire. La règle se soucie du mode d'obtention de l'aveu, non de sa fiabilité. En effet, « si l'État avait la faculté de simplement corroborer des déclarations obtenues de force, il n'y aurait pas grand-chose qui l'inciterait à s'abstenir d'appliquer des moyens d'enquête répréhensibles » (*Hodgson*, par. 20). Cependant, suivant le cadre d'analyse axé sur la protection contre l'auto-incrimination, la contrainte et la conduite de l'État sont examinées séparément à l'occasion de la prise en compte d'autres considérations; il n'est donc pas nécessaire de recourir à la notion de la fiabilité pour aborder ces sujets de préoccupation, et une preuve de corroboration peut être prise en compte.

[206] Moreover, corroborative evidence compensates for the reliability concerns inherent to a Mr. Big operation. Such tactics involve powerful inducements: the suspect is promised financial rewards, membership in an organization, legal protection, approval and friendship, or some combination of these in exchange for simply admitting to the commission of the crime. At the same time, the suspect has usually been warned about the consequences of failing to behave as the organization expects, and the "truth" that Mr. Big wants to hear has already been made very clear.

[206] De plus, comme l'opération Monsieur Big suppose le recours à des attraits irrésistibles, une preuve de corroboration permet de pallier la fiabilité douteuse de l'aveu obtenu grâce à la tactique. Le suspect se voit promettre gratifications financières, admission dans l'organisation, protection juridique, acceptation et liens d'amitié, ou une combinaison de ces avantages, s'il accepte tout simplement d'avouer qu'il a commis le crime. En même temps, il est généralement mis en garde contre les conséquences auxquelles il s'expose s'il ne répond pas aux attentes de l'organisation, et il sait très bien quelle « vérité » veut connaître Monsieur Big.

[207] A confession is more likely to be reliable if it leads to the discovery of details of the crime scene, describes unusual aspects of the crime, or refers to "hold back" evidence — provided, of course, such details or evidence could not be guessed or otherwise identified by the suspect. I agree with *amicus curiae* that, generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through abusive state conduct or through coercion that overrode the suspect's autonomy interest.

[207] La fiabilité de l'aveu s'accroît lorsqu'il mène à la découverte de précisions sur le lieu du crime, qu'il fait mention d'aspects inusités du crime ou qu'il renvoie à des éléments de preuve non communiqués, à condition, bien sûr, que ces précisions ou éléments de preuve n'aient pu être devinés ou par ailleurs découverts par le suspect. Je conviens avec l'*amicus curiae* que, en général, l'aveu ni corroboré ni vérifié n'est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l'auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité des déclarations, car une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par suite d'actes abusifs de la part de l'État ou du recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l'autonomie.

[208] This is not to say that Mr. Big confessions will always be inadmissible. When the police elicit confessions in a way that respects the autonomy of the suspect and the integrity of the administration of justice — likely through shorter, less exploitative Mr. Big investigations like that in *McIntyre* — the resulting confessions will be less grievously afflicted with reliability concerns and will more likely be admissible, particularly when corroborated.

[208] Il ne s'ensuit pas que l'aveu issu d'une opération Monsieur Big sera toujours inadmissible. Le respect par la police de l'autonomie du suspect et de l'intégrité de l'administration de la justice — vraisemblablement au moyen d'une enquête Monsieur Big de courte durée et peu abusive, comme celle en cause dans l'affaire *McIntyre* — atténuera la crainte de la non-fiabilité des aveux, lesquels seront donc davantage susceptibles d'être admis en preuve, surtout s'ils sont corroborés.

(4) Abuse of Power/Police Misconduct

(4) Abus de pouvoir et conduite répréhensible des policiers

[209] The state must conduct its law enforcement operations in a manner that is consonant with the community's underlying sense of fair play and decency. It cannot manipulate suspects' lives without limit, turning their day-to-day existence into a piece of theatre in which they are unwitting participants. Such an approach does violence to the dignity of suspects and is incompatible with the proper administration of justice.

[209] L'État doit mener ses opérations d'application de la loi de manière à respecter le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Il ne peut manipuler à son gré la vie des suspects, faire de leur quotidien une pièce de théâtre à laquelle ils participent sans le savoir, car c'est attentatoire à la dignité des suspects et incompatible avec la bonne administration de la justice.

[210] I agree with my colleague Moldaver J. that the abuse of process doctrine recognized under s. 7 remains independently available to provide a remedy for state misconduct in the Mr. Big context. However, the high threshold for its application means that conduct may tend to undermine the integrity of the administration of justice, yet fail to warrant a remedy under this doctrine. The need to restrain state misconduct is one of the rationales for the principle against self-incrimination (as well as the confessions rule and the right to silence). Therefore, police conduct in Mr. Big operations must be considered, even when it does not rise to the level of abuse of process.

[210] Je conviens avec mon collègue le juge Moldaver que la doctrine de l'abus de procédure reconnue sur le fondement de l'art. 7 demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque l'État fait preuve de conduite répréhensible lors d'une opération Monsieur Big. Cependant, compte tenu de ses conditions d'application strictes, la doctrine peut ne pas permettre l'obtention d'une réparation lorsque la conduite tend à compromettre l'intégrité de l'administration de la justice. La nécessité de prévenir la conduite répréhensible de l'État est l'une des raisons d'être du principe interdisant l'auto-incrimination (ainsi que de la règle des confessions et du droit de garder le silence). En conséquence, la conduite des policiers lors d'une opération Monsieur Big doit être examinée, même lorsqu'elle n'équivaut pas à un abus de procédure.

[211] State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether the police unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also

[211] Pour déterminer s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut examiner attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération. On doit

consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him to physical or psychological harm.

aussi se pencher sur les autres tactiques policières répréhensibles utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique.

[212] A certain degree of trickery is, of course, inherent to many effective and appropriate police tactics. But the more disreputable the police tactics become, and the less they comport with the responsibility to conduct a fair prosecution which respects the dignity of the suspect, the more likely it is that s. 7 has been violated.

[212] Évidemment, la supercherie est jusqu'à un certain point inhérente à bon nombre de tactiques policières efficaces et appropriées. Toutefois, plus une tactique policière devient déshonorante, et moins elle est compatible avec l'obligation de mener une enquête équitable dans le respect de la dignité du suspect, plus elle risque de porter atteinte à un droit garanti à l'art. 7.

[213] The entrapment doctrine — a specific variant of abuse of process — assists with this analysis. While it is not directly applicable outside the entrapment context, it nonetheless identifies useful factors to consider in examining the conduct of the state. *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, establishes that, unless the authorities have a reasonable suspicion that a suspect is already engaged in criminal activity, or act pursuant to a *bona fide* inquiry, they cannot provide the suspect with an opportunity to commit an offence. Even when that threshold for suspicion is met, the authorities cannot go beyond *providing an opportunity* to commit an offence by crossing over into *inducing commission* of the offence (*Mack*, at p. 964). Lamer J. provided a useful non-exhaustive list of factors to consider in determining whether that line has been crossed. In the Mr. Big context, these kinds of factors can assist in deciding whether the inducements, threats, and manipulation used constitute abusive state conduct. Adapting the factors from *Mack*, at p. 966, the following considerations are relevant to Mr. Big operations:

[213] Variante de l'abus de procédure, la doctrine de la provocation policière apporte un certain éclairage en l'espèce. Bien qu'elle ne s'applique directement qu'à la provocation policière, les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la légitimité de la conduite de l'État. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, la Cour conclut que les autorités ne peuvent donner au suspect l'occasion de commettre une infraction que lorsqu'elles le soupçonnent raisonnablement d'être déjà engagé dans une activité criminelle ou qu'elles agissent dans le cadre d'une véritable enquête. Même en présence des soupçons raisonnables exigés, les autorités doivent se contenter de *fournir une occasion* de commettre l'infraction et ne pas *inciter à sa perpétration* (*Mack*, p. 964). Le juge Lamer énumère de manière non exhaustive les éléments dont la prise en compte permet de déterminer si les autorités sont allées trop loin. Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, ces éléments peuvent être utiles pour décider si les incitations, les menaces et la manipulation en cause rendent abusive la conduite de l'État. En adaptant ces éléments (énumérés à la p. 966), on peut retenir les considérations suivantes pour les besoins d'une opération Monsieur Big :

1. the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission;

2. the strength of the evidence causing the police to target the suspect;

1. la nature du crime sous enquête et l'existence d'autres techniques qui permettent à la police de faire la lumière sur sa perpétration;

2. la solidité de la preuve qui amène la police à prendre pour cible le suspect;

3. the types and strength of inducements used by the police, including deceit, fraud, trickery or reward;

4. the duration of the operation and the number of interactions between the police and the suspect;

5. whether the police conduct involved an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy and friendship;

6. whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of the suspect such as mental, social, or economic vulnerabilities or substance addiction;

7. the degree of harm to the suspect that the police caused or risked;

8. the existence and severity of any threats, implied or express, made to the suspect by the police or their agents, including threats made to third parties where those threats carry an indirect threat to the accused;

9. whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the suspect would be induced to falsely confess;

10. the persistence and number of attempts made by the police before the suspect agreed to confess.

[214] My intention is not to create a formalistic checklist or to overcomplicate the analysis. These factors are simply examples which may help the court to determine whether the conduct of the police in obtaining a confession has contravened our society's basic expectations of fair play or undermined the reputation of the justice system. More abusive state conduct makes it more likely that the confession was obtained in a manner incompatible with the principle against self-incrimination.

(5) Weighing the Contextual Factors

[215] As I have explained, the foregoing contextual factors are not binaries that are "present" or "not present". In most cases, there will be some degree

3. le genre d'incitations utilisées par la police, y compris la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense, et l'importance de leur effet;

4. la durée de l'opération et le nombre d'interactions entre les policiers et le suspect;

5. l'exploitation des émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié;

6. si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière du suspect — psychologique, sociale, financière ou autre — ou sa dépendance à une substance;

7. l'importance du préjudice que la police a causé ou aurait pu causer au suspect;

8. l'existence et la gravité de menaces, tacites ou expresses, proférées par la police ou ses agents à l'endroit du suspect, mais aussi à l'endroit de tiers lorsque les menaces visent indirectement l'accusé;

9. le fait qu'une personne ordinaire, avec ses forces et ses faiblesses, dans la situation du suspect, aurait été incitée ou non à faire un faux aveu;

10. la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que le suspect ne passe aux aveux.

[214] Je n'entends pas créer une liste de contrôle formelle ou compliquer à outrance l'analyse. Ces éléments ne constituent que des exemples susceptibles d'aider le tribunal à déterminer si les actes accomplis par la police pour obtenir l'aveu ont déçu les attentes fondamentales de la société sur le plan du franc-jeu ou s'ils ont déconsidéré le système judiciaire. Plus la conduite de l'État est abusive, plus l'aveu risque d'avoir été obtenu au mépris du principe interdisant l'auto-incrimination.

(5) Appréciation des facteurs contextuels

[215] Je le répète, les éléments contextuels susmentionnés ne revêtent pas un caractère binaire qui commande de déterminer s'ils « s'appliquent » ou

of concern about coercion, about the reliability of the confession, and about the state conduct. This does not automatically mean the statement should be excluded. The court should consider the concerns collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. For example, if a confession is corroborated and reliable, this factor may outweigh relatively minor concerns about coercive conduct. In some cases — if the statements were obtained in a highly coercive manner or the state conduct cannot be condoned by the courts — the principle against self-incrimination may be violated even if the statement is reliable. Except in such extreme cases, it is the collective, rather than individual, impact of these concerns that will determine whether the principle against self-incrimination has been violated.

« ne s'appliquent pas ». Dans la plupart des cas, il y aura un certain degré d'inquiétude relativement à la contrainte, à la fiabilité de l'aveu et à la conduite de l'État, mais la déclaration ne sera pas automatiquement exclue pour autant. Le tribunal doit examiner globalement les doutes soulevés et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Par exemple, le fait qu'un aveu est à la fois corroboré et digne de foi peut l'emporter sur la crainte relativement mineure de l'exercice d'une contrainte. Dans certains cas, lorsque la déclaration a été obtenue de manière très coercitive ou que la conduite de l'État ne saurait être tolérée par les tribunaux, il peut y avoir entorse au principe interdisant l'auto-incrimination même si la déclaration est digne de foi. Hormis ces cas extrêmes, c'est l'impact global, plutôt qu'individuel, de ces doutes qui permettra de déterminer s'il y a eu observation du principe ou non.

[216] Typical undercover operations, therefore, will not violate the principle against self-incrimination. Unlike Mr. Big operations, these strategies are not designed around the coercive use of threats and inducements or entrapment-like state conduct. Undercover officers usually role-play within existing circumstances to observe suspects and *gather* evidence — not to *generate* confessions — resulting in reduced concerns with respect to both autonomy interests and the reliability of the evidence obtained. By contrast, the very structure of Mr. Big operations is coercive — officers deliberately set out to enmesh the suspect in a criminal organization and drive him or her towards a confession. In the usual undercover context, police must be careful to avoid entrapping suspects into committing the crimes for which they are being investigated. Thus, by design, such an operation must guard against abusive entrapment police conduct that is typical in a Mr. Big operation. It is therefore highly unlikely that in classic undercover operations, concerns about personal autonomy, reliability, and abusive conduct — even when weighed together — will result in a violation of the principle against self-incrimination.

[216] Ainsi, l'opération d'infiltration type ne fera pas entorse au principe. Contrairement à l'opération Monsieur Big, elle n'est axée ni sur le recours coercitif à la menace et à l'incitation, ni sur l'accomplissement par l'État d'actes s'apparentant à la provocation policière. Habituellement, une opération d'infiltration vise une situation existante, et les agents sont appelés à observer les suspects et à *recueillir* des éléments de preuve, non à *générer* des aveux, ce qui suscite moins de craintes concernant tant le droit à l'autonomie que la fiabilité de la preuve obtenue. En revanche, l'opération Monsieur Big est foncièrement coercitive, car des agents cherchent délibérément à amener le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une organisation criminelle et à passer aux aveux. Dans le contexte habituel d'une opération d'infiltration, les policiers doivent s'efforcer de ne pas provoquer la perpétration par les suspects des crimes sur lesquels ils enquêtent. Partant, de par la conception même de l'opération, les agents doivent se garder de recourir aux actes de provocation policière abusifs qui sont monnaie courante dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Il est donc très improbable que, lors d'une opération d'infiltration classique, des craintes liées à l'autonomie de la personne, à la fiabilité de la preuve et à la conduite abusive, même si on les met toutes en balance, fassent entorse au principe interdisant l'auto-incrimination.

D. *Probative Value Versus Prejudicial Effect*

[217] My colleague Moldaver J. is, of course, correct that trial judges should exclude evidence where its probative value is exceeded by its prejudicial effect. This rule is a principle of fundamental justice which safeguards trial fairness.

[218] However, even as modified by my colleague, this rule is not sufficient to respond to the dangers of a confession to Mr. Big because it does not protect the human dignity and autonomy of the suspect or temper state conduct. Under my colleague's approach, a highly reliable confession will likely be admitted — regardless of whether the target was coerced by the state to incriminate himself. His rule does not permit these concerns to be assessed and considered collectively under a single principled framework. It is preferable for the reliability of a confession and the manner in which it was obtained to be considered together.

[219] My colleague's rule, including the presumption of inadmissibility, only applies if the police employ a Mr. Big investigation. As such, it may inspire a threshold debate about the boundaries of the Mr. Big tactic. By contrast, an approach that responds to the *dangers* of state-induced confessions applies regardless of the label attached to the tactic. It is the threats to which the rule responds that call it to action.

[220] This is not to diminish the trial judge's responsibility to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Highly prejudicial evidence that is unnecessary to explain the context in which the confession was made, such as details of the suspect's involvement in egregious fake crimes, should continue to be edited or excised completely. Additionally, jury instructions must warn against impermissible reasoning based upon criminal propensity.

D. *Mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable*

[217] Je conviens évidemment avec mon collègue le juge Moldaver que le juge du procès doit exclure la preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il s'agit de l'application d'un principe de justice fondamentale qui vise à préserver l'équité du procès.

[218] Cependant, malgré la modification qu'y apporte mon collègue, cette règle ne pallie pas les risques que pose l'aveu à Monsieur Big, car ni la dignité humaine du suspect ni son autonomie ne sont protégées et l'État n'est pas incité à la modération. Suivant l'analyse préconisée par mon collègue, l'aveu d'une grande fiabilité sera admis, que le suspect ait ou non été contraint par l'État de s'incriminer. La règle qu'il propose ne permet pas d'apprécier ces considérations globalement en fonction d'un seul cadre d'analyse raisonnée. Mieux vaut examiner globalement la fiabilité de l'aveu et la manière dont celui-ci a été obtenu.

[219] La règle que privilégie mon collègue, y compris la présomption d'inadmissibilité qu'elle crée, ne s'applique que si la police a recours à une opération Monsieur Big. Elle pourrait donc donner lieu à un débat préalable sur ce qui constitue ou non une telle opération. En revanche, la règle qui tient compte des *risques* liés aux aveux sollicités par l'État s'applique peu importe l'étiquette accolée à la tactique utilisée. Ce sont les risques auxquels elle s'attaque qui emportent son application.

[220] Le juge du procès demeure quand même tenu d'exclure les éléments de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il faut continuer à retrancher de la preuve tous les éléments hautement préjudiciables qui ne sont pas nécessaires à l'établissement du contexte de l'aveu, comme les précisions sur la participation du suspect à un crime odieux mais fictif. Aussi, dans ses directives, le juge doit mettre en garde les jurés contre le caractère inacceptable d'un raisonnement fondé sur la propension à la criminalité.

III. Application to This Case

A. *Was the Principle Against Self-Incrimination Violated?*

(1) Coercion

[221] The Mr. Big operation in this case lasted for four months and involved 63 staged "scenarios". The deceit employed was extensive. The police deliberately exploited the accused's particular vulnerabilities to ensure he had no realistic option but to give Mr. Big the confession he demanded.

[222] In the first several scenarios, the operatives went to considerable lengths to show Hart that the trucking business owned by "Jim" was legitimate. Although Hart accepted remuneration under the table, he was only introduced to artificial criminality after 14 "scenarios" had been completed, when he was already hooked into the manufactured reality of lucrative employment and close friendship.

[223] The trial judge found that violence was not used or directly threatened against Mr. Hart (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at paras. 58 and 63-65). However, the police created an aura of violence. The respondent was told that sometimes bad deeds had to be done and was led to believe that one of the operatives had assaulted a sex worker in retaliation for betrayal. The operatives also described the Hell's Angels as "flunkies" compared to the boss. As the officer leading the investigation testified, the purported violence of the organization went "hand in hand with portraying ourselves to be criminals". "Paul" boasted to Hart that he could kill rats and that "if he ever ratted on me there would be no turning back, it would be a one way street".

[224] The trial judge found that Hart was motivated by a desire to take a cut of the profits. For this he had to take greater risks and gain the trust of the "boss" (para. 62). The financial inducements were

III. Application aux faits de l'espèce

A. *Y a-t-il eu atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination?*

(1) Contrainte

[221] En l'espèce, l'opération Monsieur Big a duré quatre mois et donné lieu à la mise en scène de 63 « scénarios ». La police a abondamment eu recours à la tromperie. Elle a aussi délibérément exploité les faiblesses de l'accusé pour faire en sorte qu'il n'ait d'autre choix réaliste que de faire l'aveu exigé par Monsieur Big.

[222] Lors des premières mises en scène, les agents ont fait des pieds et des mains pour convaincre M. Hart que l'entreprise de camionnage exploitée par « Jim » était légitime. Même si M. Hart a accepté d'être rémunéré au noir, ce n'est qu'après 14 « scénarios » qu'il a été initié à la perpétration de crimes fictifs, lorsqu'il ne pouvait déjà plus se passer de l'emploi lucratif et des liens d'amitié étroits dont il bénéficiait dans ce monde factice.

[223] Le juge du procès conclut qu'on n'a pas fait usage de violence contre M. Hart, ni proféré de menaces directes à son endroit (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 58 et 63-65). Cependant, la police a créé un climat de violence. L'intimé s'est fait dire que des actes répréhensibles devaient parfois être commis et il a été amené à croire que l'un des agents avait agressé une prostituée pour la punir de sa trahison. Les agents ont également laissé entendre que, comparés au chef, les Hell's Angels n'étaient que des [TRADUCTION] « laquais ». Dans son témoignage, l'agent responsable de l'enquête a affirmé que la violence imputée à l'organisation allait « de pair avec le fait d'incarner des criminels ». « Paul » s'est vanté devant M. Hart de pouvoir abattre les traîtres et il a ajouté que « si jamais il le dénonçait, c'en était fait de lui, il n'y aurait pas d'issue ».

[224] Selon le juge du procès, M. Hart était mû par le désir de toucher sa part du gâteau. Il devait donc courir plus de risques et gagner la confiance du « chef » (par. 62). Les gratifications financières

significant by anyone's measure. But for someone who was known to live in poverty so extreme that he did not even have a bed to sleep on, they were life changing: generous wages and *per diems*, visits to expensive restaurants, train trips and flights to new cities. At the *voir dire*, Hart explained, "[y]ou know, it was almost like a new life." Given his poverty, it is easy to understand why he did not turn down the opportunity to make such money.

auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais dans le cas d'une personne dont on savait qu'elle était si pauvre qu'elle n'avait même pas de lit pour dormir, elles étaient de nature à transformer sa vie : salaire généreux et indemnité quotidienne, repas dans des restaurants coûteux, voyages en train et en avion à destination de villes jusque là inconnues. Au voir-dire, M. Hart a expliqué que [TRADUCTION] « [c]'était presque comme une nouvelle vie, vous savez. » Vu sa pauvreté, on comprend aisément qu'il n'ait pas laissé passer l'occasion de faire autant d'argent.

[225] The evidence also makes it clear that, for the respondent, the friendships he believed he had gained were at least as important as the money. The operatives deliberately separated the respondent from his wife in the early days of the operation. They created an alternate reality for the respondent, intentionally disorienting him to the point that in the final interview with Mr. Big, he was persuaded that incriminating himself was the only route to take. Hart's fear of losing his new "family" was palpable. Mr. Hart would have viewed losing these friendships, around which his life had been totally restructured, as no choice at all.

[225] La preuve indique aussi clairement que les relations d'amitié importaient au moins autant à l'intimé que l'argent. Au début de l'opération, les agents ont délibérément séparé l'intimé de son épouse. Ils ont créé à son intention un monde parallèle, l'ont intentionnellement désorienté, si bien que, lors de la rencontre ultime avec Monsieur Big, il était arrivé à croire qu'il n'avait d'autre choix que de s'incriminer. La crainte de perdre sa nouvelle « famille » était palpable. L'intimé ne pouvait pas du tout envisager de perdre ces liens d'amitié autour desquels sa vie s'était totalement réorganisée.

[226] The trial judge concentrated on the lack of violent coercion in the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on Mr. Hart. The extent of the deceit and the inducements used must be viewed as more seriously infringing the respondent's autonomy interests, given his known characteristics: his extreme poverty and social isolation, and his lack of education and sophistication. I conclude that by preying on these vulnerabilities to such a degree, the police deprived the respondent of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

[226] Le juge du procès insiste sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il omet de tenir compte de l'effet des incitations financières et sociales. L'ampleur de la tromperie et de l'incitation accroît la gravité de l'atteinte à l'autonomie, eu égard aux données sur l'intimé dont disposaient les policiers : pauvreté extrême, isolement social, faible scolarité et connaissances limitées. Selon moi, en misant ainsi sur ces points de vulnérabilité, la police a privé l'intimé du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

(2) Reliability

(2) Fiabilité

[227] The incentives for Mr. Hart to have falsely confessed are very substantial. It was made clear to him that his friendships, his wages, and his membership in the organization (essentially his new family) were dependent on telling Mr. Big what he wanted to hear. In short, he had every incentive to

[227] La pression exercée sur M. Hart pour qu'il fasse de faux aveux a été très grande. On lui a clairement fait comprendre qu'il devait dire à Monsieur Big ce qu'il voulait entendre car, sinon, il pourrait perdre ses amis, son salaire et sa place au sein de l'organisation (sa nouvelle famille, en

confess, whether he committed the crime or not. Nevertheless, he protested his innocence until it was apparent that only a confession would be accepted. Hart testified at the *voir dire* that the boss "kept saying, don't lie to me, you are lying to me Nelson, don't lie to me. What was I suppose[d] to do, stay there all day and go on like that[?]"

somme). En bref, tout le poussait à passer aux aveux, qu'il ait ou non commis le crime. Il a néanmoins protesté de son innocence jusqu'à ce qu'il devienne évident que seul un aveu serait admis. Lors du voir-dire, il a témoigné que le chef [TRADUCTION] « répétait sans cesse, ne me mens pas, tu me mens Nelson, ne me mens pas. Que vouliez-vous que je fasse? Rester là et continuer à nier toute la journée? »

[228] Moreover, not only was the final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. The motive that the respondent cited for killing his daughters — that he did not want them to be taken from his custody and placed in his brother's — is of dubious plausibility. The idea that the girls might temporarily stay with his brother had been considered very briefly in June and was quickly abandoned a day or two later when the family's housing difficulties were solved. Hart's brother had little contact with the family for approximately two months before the deaths.

[228] De plus, non seulement l'aveu final n'est pas corroboré, mais il contredit d'autres faits établis dans le dossier. La raison invoquée par l'intimé pour le meurtre de ses filles — ne pas avoir voulu qu'on lui retire la garde de celles-ci pour la confier à son frère — est peu convaincante. L'idée que les fillettes séjournent temporairement chez leur oncle avait été envisagée en juin, puis abandonnée très rapidement un ou deux jours plus tard, après que la famille eut résolu ses problèmes de logement. Pendant deux mois environ avant les décès, le frère a eu peu de contacts avec M. Hart et sa famille.

[229] The respondent's description of the commission of the offence does little to reassure us of its reliability. When he described the alleged murder to Mr. Big, he twice described using his shoulder to push his daughters into the water, and matched his words with a simulated shoulder check — a movement that does not make sense, given the girls' small size. When he subsequently "re-enacted" the offence, Jim knelt down to simulate their height, and the respondent accordingly made a pushing motion with his knee.

[229] La manière dont l'intimé a décrit la perpétration de l'infraction ne convainc guère de la fiabilité de l'aveu. Il a affirmé à deux reprises à Monsieur Big s'être servi de son épaule pour pousser les fillettes à l'eau, reproduisant alors le geste qu'il avait fait, ce qui était invraisemblable étant donné la petite taille des victimes. Lors d'une « reconstitution » des faits, Jim s'est agenouillé pour que sa taille corresponde à celle des fillettes, et l'intimé l'a poussé à l'aide de son genou.

[230] The "confession" of April 10 described by the officers carries many of the same concerns. The confession was allegedly made during the 29th scenario, just before the initial 90-day deadline for the operation (compare, for instance, to *McIntyre*, where a confession was obtained after only 10 days). While at dinner, Jim told Hart that the organization controlled 70 percent of the prostitution in Montreal and that he had had to "deal with" two prostitutes who had been dishonest with him. He told Hart that sometimes "bad things need to be done". Hart responded that

[230] L'« aveu » du 10 avril relaté par les agents soulève en bonne partie les mêmes doutes. L'aveu serait intervenu lors du 29e scénario, juste avant la fin de la durée initiale de 90 jours prévue pour l'opération (comparativement, par exemple, aux 10 jours seulement écoulés avant l'aveu dans l'affaire *McIntyre*). À l'occasion d'un souper, Jim a dit à M. Hart que l'organisation contrôlait 70 p. 100 de la prostitution à Montréal et qu'il avait dû [TRADUCTION] « s'occuper » de deux prostituées qui s'étaient montrées déloyales à son égard. Il a ajouté qu'il fallait parfois se « livrer à

he had "no problem getting his hand dirty"; the two boasted about the skeletons in their closets; and Hart then allegedly confessed to having killed his daughters. Clearly the same reliability concerns arise: Hart had every reason to lie, given his desire to impress a member of the organization. Moreover, the statement was not recorded, making it impossible to rely on body tone or language. Finally, the respondent explicitly denied the April 10 confession, both during his final "confession" to Mr. Big, when he repeatedly stated that Mr. Big was the first person he had told about it, and on the *voir dire*.

(3) Abuse of Power

[231] In my view, the state conduct in this case was egregious, and this factor weighs heavily in favour of exclusion.

[232] The police led Mr. Hart through the looking glass into a parallel universe where, for many months, they employed extensive state resources to prey on his lack of education, intellect, and life experience, his social isolation, and his extreme poverty. The undercover operatives fostered the respondent's emotional dependency on them; as Jim noted, it was a "constant thing" for Hart to tell them he loved them. Mr. Hart's beloved friends gradually involved him in an increasingly serious world of criminality, beginning with dealing in supposedly stolen goods and eventually portraying the organization as a violent international group with a boss who made the Hell's Angels look like "flunkies". As Hart involved himself in more dangerous and illegal activity, his pay increased.

[233] The degree of harm caused by the Mr. Big operation is also relevant. The respondent was so thoroughly enmeshed in his make-believe world that upon his arrest, his first reaction was to call his supposed "friend", Jim. It should have come as no surprise, particularly to the officers who knew him so well, that Hart was devastated to learn that his new life, where he had felt valued and respected, had

des actes répréhensibles ». M. Hart a répondu qu'il n'avait « pas de scrupule à se salir les mains », les deux hommes se sont vantés des cadavres cachés dans leurs placards, puis M. Hart aurait alors avoué avoir tué ses deux fillettes. La fiabilité de cet aveu suscite clairement les mêmes doutes, car désireux d'impressionner un membre de l'organisation, M. Hart avait toutes les raisons de mentir. De plus, la déclaration n'a pas été enregistrée, de sorte qu'il est impossible d'étudier le ton de la voix ou le langage corporel. Enfin, l'intimé a nié expressément l'aveu du 10 avril lors de son « aveu » final à Monsieur Big — il lui dit maintes fois qu'il était la première personne à qui il en parlait — et lors du voir-dire.

(3) Abus de pouvoir

[231] À mon avis, la conduite de l'État était en l'espèce inadmissible, ce qui milite fortement en faveur de l'exclusion.

[232] La police a introduit M. Hart dans un univers parallèle où, pendant de nombreux mois, grâce à des ressources étatiques considérables, elle a tiré parti de son peu d'instruction, d'entendement et d'expérience de la vie, de son isolement social et de sa pauvreté extrême. Les agents banalisés ont entretenu sa dépendance émotive à leur endroit; Jim a d'ailleurs souligné que M. Hart leur répétait [TRADUCTION] « constamment » qu'il les aimait. Ces amis qui lui étaient si chers l'ont graduellement amené à participer à des activités dont le caractère criminel allait croissant; ils lui ont d'abord demandé de s'occuper de biens qu'ils disaient volés pour ensuite lui présenter l'organisation comme un groupe international violent et dire que, comparés au chef, les Hell's Angels n'étaient que des « laquais ». Plus les activités auxquelles se livrait M. Hart étaient dangereuses et illégales, plus son salaire augmentait.

[233] L'importance du préjudice causé par l'opération Monsieur Big importe également. L'intimé avait à ce point été mystifié que, lors de son arrestation, sa première réaction a été d'appeler son soi-disant « ami », Jim. Nul n'aurait dû s'étonner, en particulier les agents qui le connaissaient si bien, que M. Hart s'effondre en apprenant que la nouvelle vie qui le faisait se sentir digne d'estime

all been a carefully constructed illusion. He had no friends. He had not been employed because he was "smart": rather, he was thoroughly duped. The respondent developed paranoia, believing that everyone was part of the "sting" against him, and was unable to trust his lawyers and even his own wife.[12] He was eventually committed to a psychiatric hospital, and *amicus curiae* made submissions on his behalf at the appeal. Such an emotional collapse is by no means a prerequisite to a finding of abusive state conduct. However, this kind of psychological manipulation by state agents harms not only the suspect but the integrity of the justice system.

et de respect n'était qu'une illusion savamment mise au point pour le faire avouer. Il n'avait pas d'amis. On ne l'avait pas recruté parce qu'il était [TRADUCTION] « futé »; il avait en fait été complètement leurré. L'intimé a sombré dans la paranoïa et cru que tout le monde avait participé à l'« arnaque » dont il avait été victime; il ne faisait plus confiance à ses avocats, ni même à sa propre épouse[12]. Il a finalement été placé sous garde dans un hôpital psychiatrique, et l'*amicus curiae* a présenté des observations en son nom en appel. Un tel effondrement émotionnel est loin d'être une condition préalable à la conclusion d'une conduite abusive de la part de l'État. Cependant, en plus d'infliger un préjudice au suspect, une telle manipulation psychologique de la part de représentants de l'État compromet aussi l'intégrité du système de justice.

[234] This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization in order to witness criminals in action. As explained above, such strategies tend not to be particularly coercive or abusive, and therefore are unlikely to violate the principle against self-incrimination.

[234] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une opération habituelle où des policiers infiltrent une organisation criminelle pour être témoins d'actes criminels. J'explique précédemment qu'une telle stratégie n'est généralement pas particulièrement coercitive ou abusive et n'est donc pas susceptible d'aller à l'encontre du principe interdisant l'auto-incrimination.

[235] This case is more akin to entrapment. The police employed the power of the state to create an elaborate invented reality, designed to exploit a vulnerable person, introduce him to criminality, and force him to incriminate himself. In addition, the police witnessed the respondent suffering seizures both before the investigation began and during the operation itself. Yet, the undercover operatives continued to send him on driving assignments.

[235] La présente affaire s'apparente en fait à un cas de provocation policière. La police a eu recours au pouvoir de l'État pour créer un monde inventé complexe destiné à exploiter une personne vulnérable, à l'initier à la criminalité et à la forcer à s'incriminer. De plus, même s'ils avaient assisté aux crises d'épilepsie de l'intimé survenues avant l'enquête et pendant l'opération même, les agents ont continué de lui confier des tâches qui exigeaient qu'il prenne le volant.

[236] Mr. Big operations are a creative and sometimes useful law enforcement technique, but the courts must carefully police their boundaries lest they stray from being useful strategies into ploys

[236] L'opération Monsieur Big constitue une technique d'application de la loi créative et parfois utile. Les tribunaux doivent toutefois scrupuleusement veiller à ce qu'elle respecte ses limites afin

12 See various case management endorsements at the Court of Appeal: *R. v. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

12 Voir diverses décisions de gestion d'instance rendues par la Cour d'appel : *R. c. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

that allow the state to manipulate and destroy the lives of individuals who are presumed to be innocent.

qu'elle demeure une stratégie utile et ne devienne pas un stratagème permettant à l'État de manipuler une personne présumée innocente et de détruire sa vie.

[237] I am greatly troubled by the extreme lengths to which the police went to pursue the respondent, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation. The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31). In my view, as will be clear from my discussion of the state conduct in this case, that threshold is met. To condone the actions of the police would "leave the impression that the justice system condones conduct that offends society's sense of fair play and decency" (*Babos*, at para. 35). However, given the outcome of this appeal, it is not necessary to discuss this issue further.

[237] Je suis déconcertée par les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer l'intimé. Ils ont exploité ses faiblesses lors d'une opération longue et profondément manipulatrice. La doctrine de l'abus de procédure demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque le comportement de l'État est tel qu'il risque de compromettre l'intégrité du processus judiciaire (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31). Comme le montre nettement mon examen du comportement de l'État en l'espèce, j'estime que cette condition est remplie. Tolérer les mesures prises par la police « donnera l'impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, et cela porte préjudice à l'intégrité du système de justice » (*Babos*, par. 35). Toutefois, étant donné l'issue du pourvoi, point n'est besoin de débattre ce point plus avant.

(4) Conclusion on Contextual Factors

(4) Conclusion sur les facteurs contextuels

[238] The factors considered above clearly point to a s. 7 violation. The accused's liberty interests were obviously engaged. The police procured a confession by preying on the respondent's particular vulnerabilities in a complex sting. Despite going to these lengths, the confession is of dubious reliability and is unsupported by any corroborative evidence or detail. Ultimately, to countenance such a ploy would give the police *carte blanche* to engage in unfair, manipulative, and coercive investigations.

[238] Les considérations qui précèdent permettent clairement de conclure à la violation d'un droit garanti à l'art. 7. Le droit à la liberté de l'accusé était manifestement en jeu. La police a obtenu un aveu en misant sur les points de vulnérabilité propres à l'intimé dans le cadre d'une arnaque complexe. Malgré tout le mal que s'est donné la police pour l'obtenir, l'aveu est d'une fiabilité douteuse et n'est corroboré par aucun élément de preuve ou autre. Admettre le recours à un tel stratagème reviendrait finalement à donner toute latitude à la police pour se livrer à des enquêtes inéquitables, manipulatrices et coercitives.

B. *Remedy*

B. *Réparation*

[239] In *White*, the Court excluded the compelled accident report under s. 24(1) of the *Charter* on the basis that its admission at trial would violate s. 7. The *acquisition* of the compelled accident report

[239] Dans l'arrêt *White*, la Cour exclut la déclaration obligatoire d'accident en application du par. 24(1) de la *Charte* au motif que son admission au procès contreviendrait à un droit garanti par

was not impugned. But where, as in this case, evidence is *obtained* in breach of the *Charter*, s. 24(2) is the mechanism for exclusion (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613).

[240] Under s. 24(2), the court must determine whether, in all the circumstances, admitting evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute.

[241] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, McLachlin C.J. and Charron J. noted that statements by the accused engage the cornerstone principle against self-incrimination (at para. 89) and concluded that, while not an absolute rule, "as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter*, on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute" (para. 91).

[242] Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). In order to find a s. 7 violation, the court will have already determined that the reliability of the statement is outweighed by abusive or coercive police conduct. If the statement was obtained in a manner that violated s. 7 due to reliability concerns, its admission would risk a miscarriage of justice and it must be excluded. Similarly, if the statement is reliable but was rendered unconstitutional because of concerns about coercion or state conduct, its admission would also bring the administration of justice into disrepute. This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

[243] As a result, I agree with my colleague Moldaver J.'s conclusion that the evidence obtained in the operation must be excluded, and I would dismiss the appeal.

l'art. 7. L'*acquisition* de la déclaration n'était pas en cause. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, une preuve est *obtenue* de manière contraire à la *Charte*, le par. 24(2) constitue le mécanisme d'exclusion applicable (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613).

[240] Suivant le par. 24(2), le tribunal doit déterminer si, eu égard aux circonstances, l'admission de la preuve ainsi obtenue est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[241] Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge en chef McLachlin et la juge Charron relèvent que les déclarations d'un accusé mettent en jeu le principe fondamental de la protection contre l'auto-incrimination (par. 89) et elles concluent que, bien qu'il ne s'agisse pas d'une règle absolue, « [e]n pratique [. . .], les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l'administration de la justice » (par. 91).

[242] Les déclarations dont l'obtention contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). Lorsqu'il conclura à la violation d'un droit garanti par l'art. 7, le tribunal aura déjà établi que la conduite abusive ou coercitive de la police l'emporte sur la fiabilité de la déclaration. Si la déclaration a été obtenue d'une manière qui contrevient à l'art. 7 en raison de craintes liées à sa fiabilité, son utilisation risque d'entraîner une erreur judiciaire, de sorte qu'il faut l'exclure. De même, lorsque la déclaration est digne de foi, mais inconstitutionnelle en raison de préoccupations liées à la contrainte ou à la conduite de l'État, son utilisation est également susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La présente affaire ne fait pas exception; le risque d'erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l'exclusion.

[243] Je conviens donc avec mon collègue le juge Moldaver que la preuve obtenue au cours de l'opération doit être exclue, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the respondent: Poole Althouse, Corner Brook, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

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

Solicitor for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

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

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Henein Hutchison, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Poole Althouse, Corner Brook, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

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

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Henein Hutchison, Toronto.

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