

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

137

THE COMPETITION TRIBUNAL

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 8 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bc.gc.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 Suffolk Transnat’l. L.J. 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 Nat’l. J. Const. L. 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 Queen’s L.J. 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

CITATION: Commissioner of Competition v. X, 2018 ONSC 3374

COURT FILE NO.: 17-13302

DATE: 2018/05/30

ONTARIO

Please see in particular para. 6

SUPERIOR COURT OF JUSTICE**BETWEEN:**

COMMISSIONER OF COMPETITION

Respondent

– and –

X

Applicant

– and –

THE GLOBE AND MAIL INC.,
CANADIAN BROADCASTING
CORPORATION, POSTMEDIA
NETWORK INC., AND CTV NEWS,
A DIVISION OF BELL MEDIA INC.

Intervenors

Marisa Ferraiuolo and Gary Caracciolo,
Public Prosecution Service of Canada,
Competition Law Section, for the
RespondentScott K. Fenton and Lynda E. Morgan, for
the ApplicantTae Mee Park and Peter M. Jacobsen, for the
Intervenors**HEARD:** April 26, 2018**DECISION ON APPLICATION BY PERSON X****RATUSHNY J.**

[1] Person X (also, the “Applicant”) is an alleged participant in a price-fixing conspiracy in the fresh commercial bread industry in Canada.

[2] Person X seeks an Order prohibiting the publication of specific information in four Informations to Obtain (the “ITOs”) that directly or indirectly reveal the Applicant’s identity.

1. The Facts

[3] On March 3, 2015, the Competition Bureau (the “Bureau”) granted an immunity marker to Loblaw Companies Limited/Weston Foods (Canada) Incorporated (the “Immunity Applicants”). The Immunity Applicants provided proffers to the Bureau pursuant to the Bureau’s Immunity Program under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34.

[4] In December 2016 and March 2017, respectively, the Bureau interviewed two of the Immunity Applicants’ witnesses whose identities are presently redacted from public view.

[5] In August 2017, the Bureau commenced an inquiry to investigate allegations that Canada Bread Company Limited (“Canada Bread”), the Immunity Applicants, Wal-Mart Canada Corporation (“Walmart”), Sobeys Incorporated (“Sobeys”), Metro Incorporated (“Metro”), Giant Tiger Stores Limited (“GT”), and other persons known and unknown, had participated in a conspiracy to fix the wholesale and retail price of fresh commercial bread in Canada. It is alleged that the price-fixing conspiracy commenced in November 2001 and continued until October 31, 2017.

[6] On October 26, 30 and 31 and November 1, 2017, the Bureau made *ex parte* applications for search warrants against Canada Bread, the Immunity Applicants, Walmart, Sobeys, Metro, GT and Overwaitea Food Group (the “Searched Parties”), pursuant to sections 15 and 16 of the *Competition Act* (the “Search Warrants”). The Search Warrants were issued on the basis of four similar ITOs sworn by Senior Competition Law Officer Simon Bessette (the “Affiant”).

[7] Since October 31, 2017, there has been extensive media coverage across Canada about the Investigation.

[8] In December 2017, the Immunity Applicants publicly admitted to participating in industry-wide anti-competitive activity by bread price-fixing for over 14 years. They revealed

that they had been co-operating with the Bureau as Immunity Applicants since March 2015 and that their employees responsible were no longer with the companies.

[9] In each of the ITOs, 8 paragraphs of a total of approximately 60 pages relate to the Applicant (the “8 Paragraphs”). In each of the 8 Paragraphs, the Affiant relies on an interview by the Bureau of the Immunity Applicants’ witness “A” in support of the Applicant’s alleged involvement in initiating the price-fixing “conspiracy, agreement or arrangement.”

[10] The Applicant was not a target of the Search Warrants or one of the parties whose premises were searched. It is acknowledged by all parties that the bread price-fixing investigation (the “Investigation”) is in its early stages and that due to its complexity, it could be years before it is concluded. No criminal charges have been laid against anyone, including the Applicant, and there is no indication that the Applicant will be charged.

[11] In response to this pending application by the Applicant, the 8 Paragraphs in the ITOs (and the names of the two Immunity Applicants’ witnesses) were ordered redacted by my Order dated January 26, 2018. The remaining contents of the ITOs (the “Redacted ITOs”) were made public on January 31, 2018, pursuant to the terms of that Order.

[12] When the Redacted ITOs were publicly released on January 31, 2018, the media reported widely on the Investigation revealed in the Redacted ITOs and the alleged involvement of the Searched Parties, including that the alleged price-fixing had commenced in 2001 and that retailers had raised their bread prices 15 times, by roughly 10 cents each time.

[13] The Interveners were granted leave to intervene by my Order dated March 22, 2018.

[14] For the purposes of this application, the Interveners and the Searched Parties have had full access to all content in unredacted form in the 8 Paragraphs that the Applicant now seeks to continue to shield from public view by the requested non-publication order.

[15] At this point in time, and pursuant to the continuing publication ban in accordance with my Order dated March 22, 2018, the Applicant’s identity has not been publicly released.

2. The Order Sought

[16] The Applicant seeks a non-publication order for the parts of the 8 Paragraphs in the ITOs that directly or indirectly reveal the identity of the Applicant. The Applicant has specifically identified those parts by different colored edits in each of the 8 Paragraphs, entered as Exhibit 1 on this application. The black edits are redactions currently in place to keep confidential the identity of the Immunity Applicants' witness "A". The green edits are redactions requested by the Applicant and agreed to by Sobeys and Metro if a publication ban is ordered on this application. The red edits are additional redactions requested by the Applicant and not agreed to by Sobeys or Metro.

[17] The Applicant submits the application does not over-reach, as it only requests a narrow non-publication order that still permits full public and media access to all other unredacted parts of the ITOs including parts of the presently redacted 8 Paragraphs. The Applicant submits that in the result, public access to a full and robust account of the informational basis in the ITOs for the granting of the Search Warrants is maintained.

[18] The Interveners (also, the "Media Conglomerate") oppose the Applicant's requested non-publication order on the basis that the application is "seeking to infringe the freedom of expression rights of the media and the public in connection with an investigation that affects nearly all Canadians—the alleged price-fixing of bread, a fundamental food staple."

[19] Counsel for the Respondent and for some of the Searched Parties attended the hearing of the application and contributed their positions to it. Sobeys takes no position, however, it offered input on proposed redactions should the application be granted. Metro supports the position of the Media Conglomerate, however, it also offered input on proposed redactions should the application be granted. The Respondent does not contest the application, however, it does not concede any of the Applicant's allegations pointing to frailties with respect to certain content in the 8 Paragraphs of each of the ITOs. The Immunity Applicants support the Respondent's submissions relating to the content of the 8 Paragraphs and take no position on the application. Each of Canada Bread and GT also take no position on the application.

3. The 8 Paragraphs

[20] The content of the 8 Paragraphs describes one conversation the Immunity Applicants' witness "A" told the Affiant it had had with Person X, an employee of Canada Bread, more than ten years ago. Witness "A" remembered that Person X had made certain remarks to it, including giving a PowerPoint presentation during an industry event, demonstrating that fresh bread in Canada was undervalued from a price realization standpoint both on the wholesale and retail side. Witness "A" remembered being told by Person X during this conversation that Person X was "going to the retailers to get their buy-in for a price increase with the goal of orchestrating alignment through the retail community." Witness "A" also remembered that a first price increase was announced by Canada Bread sometime in February 2002.

4. The Applicable Law

[21] In seeking a non-publication order for parts of the 8 Paragraphs, the Applicant is asking this Court to exercise its discretion and limit public access to court proceedings that are presumptively open.

[22] The applicable law and governing principles regarding Canada's open court system and discretionary court orders that limit the presumptive openness of court proceedings are not in dispute.

[23] They have been reiterated in numerous cases and I repeat them only in summary form, quoting from some of their succinct expression in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, as they appear to me to resonate in the present case:

Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of communication and freedom of expression and "depend for their vitality on public access to information of public interest. What goes on in the courts ought therefore to be, and manifestly is, of central concern to Canadians." (para. 2)

These freedoms "though fundamental, are by no means absolute. Under certain conditions, public access to confidential or sensitive information related to court proceedings will endanger and not protect the integrity of our system of justice. A temporary shield will in some cases suffice; in others, permanent protection is warranted." (para. 3)

"It is now well established that court proceedings are presumptively 'open' in Canada" and "public access will be barred only when the appropriate court, in the

exercise of its discretion, concludes that disclosure would subvert the ends of justice or unduly impair its proper administration.” (para. 4)

The criteria governing the exercise of judicial discretion in dealing with competing claims related to court proceedings have come to be known as the *Dagenais/Mentuck* test. (para. 5)

The *Dagenais/Mentuck* test requires that restrictions on the open court principle in relation to judicial proceedings can be ordered only when the party seeking such a restriction establishes that:

- (a) such an order is necessary in order to prevent serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice (para. 26).

The ‘risk’ in the first prong of the *Dagenais/Mentuck* test must be “*real, substantial, and well grounded in the evidence*: “It is a serious danger sought to be avoided that is required, not a substantial benefit or advantage to the administration of justice sought to be obtained”. (para. 27, referring to Iacobucci J. writing for the Court in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, at para. 34) [original emphasis]

[24] The statutory expression of the criteria to be considered in deciding whether to limit access to and disclosure of any information relating to search warrants is contained in section 487.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the relevant parts of which are as follows:

Order denying access to information

487.3 (1) On application made at the time an application is made for a warrant under this or any other Act of Parliament, an order under any of sections 487.013 to 487.018 or an authorization under section 529 or 529.4, or at a later time, a justice, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge of the Court of Quebec may make an order prohibiting access to, and the disclosure of, any information relating to the warrant, order or authorization on the ground that

- (a) the ends of justice would be subverted by the disclosure for one of the reasons referred to in subsection (2) or the information might be used for an improper purpose; and

(b) the reason referred to in paragraph (a) outweighs in importance the access to the information.

Reasons

(2) For the purposes of paragraph (1)(a), an order may be made under subsection (1) on the ground that the ends of justice would be subverted by the disclosure

(a) if disclosure of the information would

(i) compromise the identity of a confidential informant,

(ii) compromise the nature and extent of an ongoing investigation,

(iii) endanger a person engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used, or

(iv) prejudice the interests of an innocent person; and

(b) for any other sufficient reason.

[25] The Applicant asserts a status in this application as an “innocent person” under section 487.3(2)(a)(iv) of the *Criminal Code*. The Interveners accept this assertion.

[26] There is an overlap between section 487.3 and the common law *Dagenais/Mentuck* test, such that for the application to be granted and a non-publication order made, the Applicant must satisfy the Court (I accept the Applicant’s submissions in this regard) of all of the following:

- a. disclosure of the allegations in the ITOs regarding the Applicant would prejudice the interests of the Applicant as an “innocent person” pursuant to s. 487.3(2)(a)(iv), such that failure to prevent the disclosure would cause the ends of justice to be subverted under s. 487.3(1)(a);
- b. the need to prevent the disclosure that would cause the ends of justice to be subverted outweighs in importance public access to the information under s. 487.3(1)(b);

- c. the Order sought is necessary to prevent “serious risk to proper administration of justice” and “reasonably alternative measures” will not prevent the risk (*Dagenais/Mentuck* first part); and
- d. the salutary effects of the non-publication order outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice (*Dagenais/Mentuck* second part).

(*Toronto Star v. R.*, 2006 ONCJ 544, at para. 11; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] S.C.R. 332, at para. 3; *Mentuck*, at para. 32.)

[27] While there is an obvious balancing of rights and interests in considering the Applicant’s request for a non-publication order, I repeat the observations of MacPherson J.A. in *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2005), 75 O.R. (3d) 590 (C.A.), at para. 65, as referred to by Nordheimer J. in *Canadian Broadcasting Corporation and Others v. HMQ*, 2013 ONSC 6983, at para. 22, that this balancing should not “conjure the image of neutrality or even-handedness” because of the “centrality of a free press and open courts in Canadian society and in the Canadian constitution” leading to “almost a presumption against any form of secrecy in all aspects of court proceedings in Canada.”

5. The Applicant

[28] The Applicant has filed an affidavit on this application. There has been no cross-examination on the affidavit and, as the Applicant’s counsel points out, that evidence has not been contradicted and must be accepted as unchallenged.

[29] In the affidavit, the Applicant speaks of a career and reputation spanning decades, both professional and personal, that all parties agree can be described as stellar. The Applicant has no criminal record and has not been charged in the Investigation.

[30] The Applicant explains that “it” was an employee of Canada Bread for a very short time during the period described in the heading to the 8 Paragraphs of the ITOs as the “genesis of the alleged conspiracy”, amounting to less than a six-month period at that time compared to the 16

years of alleged price-fixing conduct in the commercial fresh bread industry, as set out in the ITOs.

[31] The Applicant details its personal history before and after Canada Bread and its “concern about irreversible personal reputational, economic and professional prejudice that will follow if [it is] named or indirectly identified in the public version of the ITOs.”

[32] The Applicant’s concerns focus on the “significant impact on [its] professional reputation” of public knowledge of allegations inferring that it was engaged in illegal conduct. It says, “The allegations challenge the core of what makes [it] a distinctive leader.” It speaks of its reputation as being “socially responsible”, “values driven” and “doing well by doing good” and, if its identity were known, of “significant prejudicial economic effects both for the company presently employing the Applicant and for [the Applicant’s] own interests.”

[33] The Applicant lists tangible, probable, and negative financial consequences for it and the many personal and professional ventures in which the Applicant is involved, should the allegation of criminal conduct be made public.

[34] The Applicant supports philanthropic causes both financially and by volunteering and says, “An unproven public allegation that infers or implies that I engaged in criminal conduct would destroy the reputation I have built over many years, and would impact on my ability to participate in a meaningful way in the future, impacting both me personally and the charities that I am involved with now or in the future.”

[35] The Applicant is also concerned about the impact on its children and their professional relationships if it is named or indirectly identified in the public version of the ITOs.

6. Analysis

(1) Innocent Person

[36] I agree the Applicant is properly characterized under s. 487.3(2)(a)(iv) of the *Criminal Code* as an “innocent person” claiming that its interests would be prejudiced by the disclosure of its identity.

[37] The Applicant was not a named target in the ITOs. The Applicant was not searched as a result of the Search Warrants. The Applicant was an employee of Canada Bread for a small fraction of the time of the alleged illegal activity. The Applicant is implicated in the alleged price-fixing by one person's remembrance of one conversation that occurred over a decade earlier. That remembrance remains untested. No charges have been laid. The Investigation is ongoing and still in its early stages. The Applicant's name has not been made public. The presumption of innocence prevails. Certainly under any definition of "innocent person", the Applicant qualifies.

[38] In the pre-*Charter* ground-breaking case of *Attorney-General v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pp. 186-7, Dickson J. refers to protecting the interests of an "innocent person" as one of the "social values of superordinate importance", in the context of search warrants being issued and nothing found.

[39] The Interveners do not dispute this characterization of the Applicant as an innocent person but submit that the prejudice claimed fails to rise to a sufficient level to displace the open court principle.

[40] The Interveners agree reputation is important, and here, a good reputation, but that there is no evidence of the Applicant's stellar reputation being at risk of serious prejudice if its identity is disclosed.

[41] The Interveners point to *Canadian Broadcasting Corporation v. Canada*, [2007] O.J. No. 5436, aff'd 2008 ONCA 297 ("*Kelly*"), where there had been an investigation into a series of allegations made against certain officers of the Toronto Police Service. Search warrants and another authorization were issued and executed. One officer, Kelly, out of other officers named in the material filed to obtain the search warrants and the authorization, was charged and pleaded guilty.

[42] The media applicants in *Kelly* sought to have sealing orders varied and the names of the other police officers disclosed because of an "ongoing public interest in any allegations of wrongful conduct that are made against officers of the Toronto Police Service" (para. 8).

[43] The respondents, the Toronto Police Association on behalf of the unnamed police officers, asserted that the allegations in the materials in support of the warrants were made by a police agent and could not be substantiated, and that the officers never had charges laid against them. All of this, the respondents said in defense of continuing the sealing order and opposing a publication ban, caused them to be considered as “innocent persons who have a fundamental privacy right to protect” (para. 9).

[44] Nordheimer J. conducted a section 487.3 and *Dagenais/Mentuck* analysis and balancing, and concluded that though publication of the officer’s names may be a “disadvantage” (para. 28) to the individual concerned and an “embarrassment” (para. 31), in the end the public interest outweighed those degrees of prejudice because “the assertion has been made that there may have been a failure at senior levels of one of Canada’s largest police services to fully investigate serious allegations involving some of their own officers. The possibility that there has been such inaction is also unquestionably of significant public interest” (para. 32). As a result, the Court ordered that the names could be disclosed.

[45] The Interveners submit that *Kelly* is an analogous case to this application. I respectfully disagree. Its principal distinguishing factor to the present case, in my view, is that the conduct of unnamed police officers in *Kelly* was at the core of the issue to be further investigated by the granting of the search warrants. The conduct of those unnamed officers and the findings of the Special Task Force referred to at para. 26 of *Kelly* were front and center to the assertion of a possible failure involving the Toronto Police Service in investigating its own. This raised the bar higher for the proposed sealing order or publication ban to be able to outweigh the “significant public interest” factor. Disadvantage to reputation and embarrassment were not enough to displace that public interest and the presumption of openness.

[46] In the present case, by way of contrast to *Kelly*, the Applicant’s alleged conduct is described as being relatively brief compared to the alleged 16-year period of price-fixing. It is an allegation unable to be tested by the Applicant, who has no standing to be able to challenge the validity of the Search Warrants. The Investigation is in its early stages and is ongoing, without any charges having been laid at the present time.

[47] While there is clearly great public interest in the allegations of price-fixing of the everyday commodity of fresh bread in Canada, as there was in *Kelly* regarding the conduct of unnamed police officers, the issue of the Applicant's alleged role in the price-fixing is not comparable to the centrality of the issue of the conduct of the unnamed officers in *Kelly* that led to the *Dagenais/Mentuck* balancing remaining in favour of the public interest and public access.

[48] This consideration of the distinguishing factors between *Kelly* and the present case engages the balancing process continued below.

(2) *The Prejudice Claimed and the First Part of the Dagenais/Mentuck Test*

[49] The Applicant claims serious and permanent adverse risks to its reputation and the continuance of its many personal, professional and charitable endeavours if its identity is released. The Applicant's counsel adds to these risks the concern that pre-trial publicity arising out of the untested allegations in the 8 Paragraphs would prejudice the Applicant's fair trial rights in the event it is charged.

[50] The Interveners say that: this is all mere speculation by the Applicant; the Applicant is quite capable of defending itself if its identity is known; the public will evaluate the allegations against the Applicant with a fair mind; and it is too speculative at this early stage to fear a degradation of the Applicant's fair trial rights.

[51] The Interveners point to *The Globe and Mail Inc. v. R.*, 2017 ONSC 2407, regarding Vice-Admiral Mark Norman, who asserted that his fair trial rights would be prejudiced by the release of certain sealed information that had led to search warrants being issued. Vice-Admiral Norman's name and circumstances had received extensive media coverage and public interest at the time of the media's application to lift sealing orders. Phillips J. concluded that the high public interest in the case outweighed any risk that an impartial jury could not be empanelled, and ordered the information disclosed.

[52] The Applicant's circumstances and resulting risk of prejudice are, however, markedly different from those of Vice-Admiral Norman. As stated above, the Applicant's alleged conduct is described as being relatively brief compared to the alleged 16-year period of price-fixing. The allegation is unable to be tested by the Applicant, who has no standing to challenge the validity

of the Search Warrants. The Investigation is in its early stages and no charges have been laid at the present time. The Investigation could take years to conclude. The Applicant's name has not been released to the public.

[53] As stated in *Mentuck* at para. 34 and as quoted above, the serious risk must be “real, substantial and well grounded in the evidence” and it must be more than trying to obtain a benefit or advantage to the administration of justice. I add to this, in the circumstances of the present case where the public interest component weighs heavily, that it must be more than a risk of mere disadvantage, more than a risk of embarrassment, and more than a desire to be free of publicity. Additionally, it is the “risk” of prejudice that needs to be proved rather than the occurrence of the actual prejudice because, as the Applicant's counsel has submitted, no one has a crystal ball.

[54] In *R. v. Eurocopter Canada Ltd.* (2003), 67 O.R. (3d) 763 (S.C.), at para. 53, Then J. references the first part of the *Dagenais/Mentuck* test and states, “I do not doubt that the unjust stigmatization of reputation and invasion of privacy of an innocent person constitutes a serious risk to the administration of justice.”

[55] I agree with this statement, although I recognize that the characterization of the stigmatization as “unjust” by Then J. is not a characterization I would reach in respect of the allegations against the Applicant in the 8 Paragraphs. To do so would be a premature conclusion on the evidence on this application. Suffice it to say, paraphrasing *Eurocopter*, I agree the stigmatization of reputation and invasion of privacy of an innocent person constitutes a serious risk to the proper administration of justice, as referred to in the first part of the *Dagenais/Mentuck* test.

[56] I conclude the Applicant has established that:

- (1) disclosure of the Applicant's identity, in all of the Applicant's past and present circumstances including the present status of the Investigation, would prejudice the interests of the Applicant as an innocent person;
- (2) the risk is irreversible personal reputational, economic, and professional prejudice;

(3) the risk of this prejudice is real, substantial, and well grounded in the evidence and amounts to more than speculation, mere disadvantage, embarrassment or a wish to be free of publicity; and

(4) as such, this risk of prejudice to this innocent person constitutes a serious risk to the proper administration of justice according to the first part of the *Dagenais/Mentuck* test, and also to the ends of justice being subverted by disclosure of the Applicant's identity according to this factor in s. 487.3(1)(a) of the *Criminal Code*.

[57] I do not conclude that there is a serious and real risk of prejudice to the Applicant's fair trial rights at this point in time, primarily given the very early stages of the Investigation and the fair trial protections that exist in Canadian law (I agree with the Interveners in this respect).

[58] With respect to the Applicant's submissions regarding the untested nature of the allegations against the Applicant in the 8 Paragraphs and the possible frailties of this evidence, I agree with counsel for Sobeys and the Immunity Applicants and thank them for their caution, that these submissions from the Applicant could well impact on a judicial consideration at a later date regarding the validity of the Search Warrants, so that any comment by this Court at this time could be premature and amount to pre-judging the issue. While I recognize the untested nature of this evidence in the 8 Paragraphs as a circumstance to be considered on this application, I make no further comment on that evidence.

[59] This brings the analysis to a balancing of interests.

(3) *The Balancing: Section 487.3 and the Second Part of the Dagenais/Mentuck Test*

[60] The requisite balancing occurs by including the overlap between s. 487.3(1)(b) considerations and both parts of the *Dagenais/Mentuck* test.

[61] The balancing on this application, beginning with the presumption against any form of secrecy in Canadian court proceedings, can be generally characterized as involving the competing claims of the requested restriction of a non-publication order and the open court principle. More specifically, it involves the competing claims of a serious and real risk of

prejudice to the innocent person-Applicant if its identity is disclosed, and the importance of public access to information about the Applicant's identity in the 8 Paragraphs.

[62] The balancing must start, therefore, with presumptively greater weight given to the *Charter* guarantees of freedom of expression, freedom of the press and freedom of communication, and public access to the Investigation that is clearly of public interest.

[63] The non-publication order sought by the Applicant, as for any non-publication order, clearly impinges on these *Charter* guarantees and the open court principle. The issues are by how much in all of the circumstances, and whether the salutary effects outweigh the deleterious effects. If the Applicant had requested the entirety of the 8 Paragraphs to be subject to a non-publication order, I would agree with the Interveners that public access to allow the public to understand the alleged "genesis" of the illegal conduct was being unduly restricted. I agree the public has a great interest in and a right to know and understand the basis for the Investigation and the resulting Search Warrants.

[64] However, the balancing also involves, according to the first part of the *Dagenais/Mentuck* test, a consideration of "reasonably alternative measures" that would prevent the risk of prejudice to the Applicant and then, according to the second part of that test, a weighing of the salutary and deleterious effects of the reasonably alternative measures and, if the non-publication order is granted as a reasonably alternative measure, a conclusion that its salutary effects outweigh the deleterious.

[65] The Applicant has been careful to build in "reasonably alternative measures" in its application by tailoring its request to one of a narrow non-publication order.

[66] A reading of the contents of the 8 Paragraphs in Exhibit 1 subject to most of the Applicant's proposed edits and redactions, when contrasted with a reading of a full unredacted version of the 8 Paragraphs, leads me to conclude that the Applicant's tailored request constitutes, for the most part, a minimal impairment of the open court principle.

[67] There are three exceptions to this conclusion. The first is with respect to the heading, "*Genesis of the Alleged Conspiracy, Agreement or Arrangement – Direct Communications*" for

the 8 Paragraphs. This heading has not been subject to a sealing order or publication ban and has been reported in the media. The Applicant refers to the heading as unjustly salacious and conclusory, given the untested nature of the allegations against the Applicant. This heading, however, is but one of many headings in the approximately 60 pages of the ITOs, all presumably intended to assist and guide the reader and the authorizing judge in understanding the grounds for the requested Search Warrants. It is not proof of anything. It does serve to place the 8 Paragraphs in context. It does not directly or indirectly identify the Applicant. As such, the deleterious effects of its redaction from public view outweigh any salutary effects. I conclude that the requested non-publication order should not include this heading, so that it can continue to serve as a guide to the public.

[68] The second exception is with respect to the last two lines in paragraph 4.27 of Exhibit 1, marked with solid red edits, at the top of page 20 for three of the ITOs. I do not understand that this information serves to identify the Applicant, however, it does add to the informational basis for the Search Warrants. As such, the deleterious effects of its redaction from public view outweigh any salutary effects. It is to remain in the form, and be able to be made public, as follows: *“clearly when he left the meeting, Person X had a feeling and a sense that I was anxious and willing on behalf of Weston Bakeries to comply with an increase.”*

[69] The third exception is with respect to parts of the first two lines in paragraph 4.32 of Exhibit 1, marked with solid red edits. For most of this information, I do not understand that it serves to identify the Applicant but again, it does add to the informational basis for the Search Warrants. As such, the deleterious effects of its redaction from public view outweigh any salutary effects. It is to remain in the form, and be able to be made public, as follows: *“**** stated that * must have had a follow-up discussion with Person X after * interaction with Person X *** because * does not recall...”*

[70] To summarize, I conclude that the granting of the requested non-publication order for the 8 Paragraphs, subject to the three exceptions, will still allow the public to understand the alleged genesis of the illegal conduct described in the publicly released ITOs and the underpinning for the Search Warrants that were issued.

[71] I do not conclude, in all of the circumstances of the Investigation as reviewed before and particularly given all the other information available to the public under the ITOs, that it is a matter of great public importance or interest for the public to know the name of Person X implicated by evidence from the Immunity Applicants' witness "A" as allegedly being involved in the genesis of the alleged illegal conduct.

[72] I accept that an appropriate balance has been struck by the requested non-publication order, subject to the three exceptions, between protecting the important public interest in and access to the information leading to the issuance of the Search Warrants, and the serious risk of prejudice to the innocent person-Applicant if the Applicant's identity were revealed at this time.

[73] I conclude, therefore, that the salutary effects of the proposed non-publication order, with the three exceptions, outweigh its deleterious effects on the open court principle.

7. Orders Made

[74] It is for these reasons that the application is granted in large part. The following Orders are made:

1. An Order prohibiting the publication of information that could directly or indirectly reveal the Applicant's identity, including from the 8 Paragraphs in the ITOs and from all materials filed on this application;
2. An Order prohibiting the publication of the information in the 8 Paragraphs under all of the black, red and green edits in Exhibit 1, namely, in paragraphs 4.24 to 4.30 and 4.32 for three of the ITOs and for the ITO dated October 30, 2017, corresponding edits for its paragraphs 4.15 to 4.21 and 4.23, EXCEPT for the heading before the 8 Paragraphs in respect of all of the ITOs; and EXCEPT for the part of paragraph 4.27 in the three ITOs and its corresponding paragraph in the single ITO as indicated in paragraph 68 above; and EXCEPT for the part of paragraph 4.32 in the three ITOs and its corresponding paragraph in the single ITO as indicated in paragraph 69 above. For clarity, all the edits in Exhibit 1 that the Applicant has requested be replaced by a reference to "Person X" are

granted, so that the words under the Applicant's indication of "Person X" in Exhibit 1 are included in this non-publication Order. The 8 Paragraphs in their edited form pursuant to the terms of this Order are referred to as the "Further Redacted 8 Paragraphs";

3. An Order allowing the publication of the Further Redacted 8 Paragraphs, subject to the above Orders.

[75] If there are further details to be settled, I can be contacted.

The Honourable Madam Justice Lynn Ratushny

Released: May 30, 2018

CITATION: Commissioner of Competition v. X, 2018 ONSC 3374
COURT FILE NO.: 17-13302
DATE: 2018/05/30

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Respondent

– and –

X

Applicant

– and –

THE GLOBE AND MAIL INC., CANADIAN
BROADCASTING CORPORATION, POSTMEDIA
NETWORK INC., AND CTV NEWS, A DIVISION OF
BELL MEDIA INC.

Interveners

DECISION ON APPLICATION BY PERSON X

RATUSHNY J.

Released: May 30, 2018

1991 CarswellOnt 976
Supreme Court of Canada

Please see in particular paras.
10-12

Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)

1991 CarswellOnt 3004, 1991 CarswellOnt 976, [1991] 2 S.C.R. 5, [1991]
O.L.R.B. Rep. 790, [1991] S.C.J. No. 42, 122 N.R. 361, 27 A.C.W.S. (3d)
35, 3 O.R. (3d) 128 (note), 47 O.A.C. 271, 4 C.R.R. (2d) 1, 50 Admin. L.R.
44, 81 D.L.R. (4th) 121, 91 C.L.L.C. 14,024, J.E. 91-935, EYB 1991-67701

**CUDDY CHICKS LIMITED v. ONTARIO LABOUR RELATIONS
BOARD and UNITED FOOD AND COMMERCIAL WORKERS
INTERNATIONAL UNION, LOCAL 175; ATTORNEY GENERAL OF
CANADA, ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, ATTORNEY GENERAL
FOR SASKATCHEWAN, CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION
COMMISSION and MARCELLE TÉTREAULT-GADOURY (intervenors)**

Lamer C.J.C., Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

Heard: November 7, 1990

Judgment: June 6, 1991

Docket: Doc./N[o] 21675

Counsel: *George W. Adams, Q.C.*, *Patrick E. Hurley* and *Ralph N. Nero*, for appellant.
Stephen T. Goudge, Q.C., and *Christopher M. Dassios*, for respondent Ontario Labour Relations
Board.

Douglas J. Wray, for respondent United Food and Commercial Workers International Union,
Local 175.

Gaspard Côté, Q.C., and *Carole Bureau*, for intervenors Attorney General of Canada and Canada
Employment and Immigration Commission.

Robert E. Charney, for intervenor Attorney General for Ontario.

Robert G. Richards and *Ross W. MacNab*, for intervenor Attorney General for Saskatchewan.

Jean-Guy Ouellet and *Gilbert Nadon*, for intervenor Marcelle Tétreault-Gadoury.

Subject: Public; Labour

Headnote

**Labour Law --- Labour relations boards — Jurisdiction — Constitutional jurisdiction
Labour Law --- Bargaining rights — Certification — Status under legislation — Employee
— Specific exclusions**

Jurisdiction — Ontario Labour Relations Board — Authority to consider whether provision in empowering Act contrary to [Charter of Rights and Freedoms](#) — Board specifically authorized to decide all questions of law and fact in matters before it — Power sufficiently explicit when combined with practical and functional considerations relating to Board's expertise to justify dealing with [Charter](#) issues.

Constitutional law — [Charter of Rights and Freedoms](#) — Jurisdiction of Ontario Labour Relations Board to consider whether provision in empowering Act contrary to [Charter](#) — Board specifically authorized to decide all questions of law and fact arising in matters before it — Power sufficiently explicit when combined with practical and functional considerations relating to Board's expertise to justify dealing with [Charter](#) issues.

Labour law — Jurisdiction of Ontario Labour Relations Board to consider whether provision in empowering Act contrary to [Charter of Rights and Freedoms](#) — Board specifically authorized to decide all questions of law and fact arising in matters before it — Power sufficiently explicit when combined with practical and functional considerations relating to Board's expertise to justify dealing with [Charter](#) issues.

An application was made to the Ontario Labour Relations Board for certification as the bargaining agent for a unit of employees of CC Ltd. The application was contested on the basis that the employees in question were "employed in agriculture," and therefore excluded from certification by virtue of s. 2(b) of the Ontario *Labour Relations Act* (the "Act"). A panel of the board accepted that the employees were indeed "employed in agriculture," but also ruled that it would deal with the issue of whether s. 2(b) of the Act violated the [Canadian Charter of Rights and Freedoms](#). The panel decided that it was a "court of competent jurisdiction" in terms of s. 24(1) of the [Charter](#), and also that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* required it to determine whether the provisions of the Act were consistent with the [Charter](#).

CC Ltd. applied to the Ontario Divisional Court for judicial review of this ruling. This application was dismissed, the Court holding that, first, the board was a "court of competent jurisdiction" empowered by s. 24(1) to make this kind of decision as part of the certification process; secondly, it was justified in dealing with such [Charter](#) arguments by reference to s. 52(1) of the *Constitution Act* and its expression of the supremacy of the [Charter](#), and, thirdly, it was obliged to determine the effect of the [Charter](#) as part of its common law authority to decide upon the applicability of general statutes.

CC Ltd. obtained leave to appeal to the Ontario Court of Appeal, but the appeal was dismissed. The Court of Appeal held (Finlayson J.A. dissenting) that, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the board had the right and the duty to determine whether or not s. 2(b) was of "no force and effect" by reason of inconsistency with the [Charter](#). Under its empowering statute, the board was empowered to decide all questions of fact and law that arose in matters coming before it, and this included the authority to deal with the supreme law, namely the *Constitution Act* and the [Charter](#), albeit that Board determination of such questions was not entitled to deference in subsequent judicial review proceedings. However, a majority of the Court ruled (Grange J.A. dissenting) that

the board was not a "court of competent jurisdiction" for the purposes of granting a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. CC Ltd. obtained leave to appeal to the Supreme Court of Canada.

Held:

The appeal was dismissed.

Per La Forest J. (Lamer C.J.C., Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ. concurring)

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, while affirming the primacy of the Constitution including the *Charter*, was not an independent source of authority for statutory bodies to consider *Charter* issues. For a tribunal to have that jurisdiction, it must have been explicitly or impliedly conferred by statute in the sense of the tribunal having jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought.

In the case of the board, this did not arise simply as a result of the fact that there was an application before it for certification. Rather, since the subject matter and remedy sought in this instance were premised on the application of the *Charter*, authority to apply the *Charter* had to be found in the board's enabling statute.

Such authority was, in fact, found in the board's authority to rule on questions of law that arose in matters before it, and by implication from its authority to deal with questions as to the scope of its jurisdiction. Such authority to consider questions of law must perforce encompass the supreme law of Canada, the *Constitution*, including the *Charter*.

Moreover, albeit that the board's ruling on any *Charter* issue was not entitled to curial deference, there were practical and functional considerations supporting this interpretation of the Act and, indeed, justifying the conclusion that the board had not only the right but also the duty to consider such issues when they were raised by parties otherwise competently before it. Labour boards were tribunals of high calibre, combining in their tripartite model experience and expertise with acceptability and credibility. *Charter* issues did not arise in a vacuum but involved, particularly in relation to justifications under s. 1 of the *Charter*, policy issues on which the informed thinking of and compilation of a cogent record by expert tribunals were invaluable. To the extent that the relevant Attorney General intervened in such proceedings, any representational disadvantages of tribunals in comparison to regular courts were further diminished.

In this respect, however, the role of the board was not the impermissible one of issuing a formal declaration of invalidity when it found the *Charter* to have been violated, but the more limited one of treating the impugned provision as invalid in the proceedings before it, an action which did not constitute a binding precedent. Given these considerations, it was unnecessary to consider whether the board was a "court of competent jurisdiction" in terms of s. 24(1) of the *Charter*.

Per Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring)

The absence of explicit legislative authority to determine *Charter* questions should not be seen as necessarily determinative of the issue. Rather, such authority might be grounded elsewhere or arise out of s. 24(1) of the *Charter*, and the judicially developed tests for ascertaining whether a body was a "court of competent jurisdiction."

.....

Une demande d'accréditation comme agent négociateur d'une unité d'employés de CC Ltée a été présentée à la Commission des relations de travail de l'Ontario. La demande a été contestée au motif que les employés en question étaient "employés à l'agriculture" et, par conséquent, exclus de l'accréditation en vertu de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario (la "Loi"). Une formation de la commission a déclaré que les employés étaient effectivement "employés à l'agriculture," mais a aussi déclaré que la commission examinerait la question à savoir si l'al. 2b) de la Loi contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés* . La formation a enfin conclu que la commission était un "tribunal compétent" au sens du par. 24(1) de la *Charte* et que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* l'obligeait à déterminer si les dispositions de la Loi étaient conformes à la *Charte* .

CC Ltée a présenté une requête en révision judiciaire de cette décision devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Cette requête a été rejetée, la Cour concluant tout d'abord que la commission était un "tribunal compétent" habilité par le par. 24(1) à rendre ce genre de décisions dans le cadre du processus d'accréditation; en second lieu, que la commission avait compétence pour se prononcer sur des questions concernant la *Charte* en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle* et de sa référence à la suprématie de la *Charte* ; troisièmement, que la commission était tenue en vertu de la common law d'interpréter l'effet de la *Charte* pour déterminer l'applicabilité de lois externes.

CC Ltée a obtenu l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, mais l'appel a été rejeté. La Cour d'appel (le juge Finlayson, dissident) a jugé qu'en vertu du par. 52(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982* , la commission avait le droit et le devoir de décider si l'al. 2b) était "sans effet" au motif d'incompatibilité avec la *Charte* . En vertu de sa Loi habilitante, la commission avait obtenu le pouvoir d'examiner toutes questions de droit et de faits soulevées dans le cadre de litiges lui étant soumis, incluant le pouvoir de se prononcer sur la loi suprême, soit la *Loi constitutionnelle* et la *Charte* , étant admis que les conclusions de la commission sur de telles questions ne bénéficiaient d'aucune retenue judiciaire en cas de procédures en révision subséquentes. La majorité de la Cour (le juge Grange, dissident) a cependant conclu que la commission n'était pas un "tribunal compétent" aux fins d'accorder réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* . CC Ltée a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada.

Arrêt:

Le pourvoi a été rejeté.

M. le juge La Forest (M. le juge en chef Lamer, MM. les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson, et Mme la juge McLachlin souscrivant)

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* , en affirmant la primauté de la Constitution, à l'inclusion de la *Charte* , n'était pas une source distincte de compétence permettant aux tribunaux administratifs d'examiner des questions relatives à la *Charte* . Pour qu'un tel tribunal ait cette compétence, elle doit lui avoir été expressément ou implicitement conférée par statut, en ce sens qu'il doit avoir compétence à l'égard de l'ensemble du litige qui lui est soumis, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

Dans le cas de la commission, le litige dont elle a été saisie ne découlait pas simplement du fait qu'une demande d'accréditation lui avait été soumise. Au contraire, puisque l'objet du litige

et la réparation recherchée en l'espèce étaient fondés sur l'application de la *Charte*, le pouvoir d'appliquer celle-ci devait se trouver dans la loi habilitante de la commission.

Un tel pouvoir se trouvait en fait dans la compétence de la commission à examiner les questions de droit soulevées dans le cadre des litiges lui étant soumis et découlait, par implication, de sa compétence à se prononcer sur les questions relatives à l'étendue de sa juridiction. Un tel pouvoir d'examiner des questions de droit doit nécessairement englober la loi suprême du Canada, soit la *Constitution* et la *Charte* y incluse.

De plus, étant admis que les décisions de la commission sur toute question relative à la *Charte* ne pouvaient bénéficier d'aucune retenue judiciaire, il existait des considérations d'ordre pratique et fonctionnel appuyant cette interprétation de la Loi et justifiant effectivement la conclusion à l'effet que la commission avait non seulement le droit mais aussi le devoir d'examiner de telles questions lorsque soulevées par des parties devant elle en vertu d'une compétence autre. Les commissions des relations de travail sont des tribunaux administratifs de haut calibre, dont le modèle tripartite allie l'expérience et l'expertise avec l'acceptabilité et la crédibilité. Les questions relatives à la *Charte* ne sont pas issues du néant. Elles ont plutôt impliqué, particulièrement en rapport avec la justification en vertu de l'art. 1 de la *Charte*, des questions de politique à l'égard desquelles la réflexion éclairée et la compilation de dossiers convaincants par des tribunaux experts se sont avérées inestimables. Dans la mesure où le Procureur général concerné est intervenu dans de telles procédures, tout désavantage relatif des tribunaux administratifs comparativement aux cours de justice en a été d'autant plus réduit.

À cet égard, cependant, le rôle de la commission n'était pas celui, inconcevable en soi, d'émettre une déclaration formelle d'invalidité alors qu'elle concluait que la *Charte* avait été violée, mais plutôt celui, plus restreint, de traiter la disposition attaquée comme n'étant pas valide dans les procédures devant elle, un acte qui ne constituait pas un précédent devant être suivi. Compte tenu de ce qui précède, il n'était pas nécessaire de décider si la commission était un "tribunal compétent" aux termes du par. 24(1) de la *Charte*.

Mme la juge Wilson (Mme la juge L'Heureux-Dubé souscrivant)

L'absence de pouvoir statutaire explicite à examiner des questions concernant la *Charte* ne devrait pas être interprétée comme étant nécessairement déterminante. Au contraire, un tel pouvoir pourrait trouver un fondement autre part ou découler du par. 24(1) de la *Charte*, et des tests élaborés judiciairement pour établir si un organisme est un "tribunal compétent."

Table of Authorities

Cases considered:

Per La Forest J. (Lamer C.J.C., Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ. concurring)

Canada (Labour Relations Bd.) v. Paul L'Anglais Inc., [1983] 1 S.C.R. 147, 47 N.R. 351 — referred to

C.U.P.E., Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227, 25 N.B.R. (2d) 237, 51 A.P.R. 237, 26 N.R. 341, 79 C.L.L.C. 14,209, 97 D.L.R. (3d) 417, N.B.L.L.C. 24,259 — referred to

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570, 50 Admin. L.R. 69, [1991] 1 W.W.R. 643, 52 B.C.L.R. (2d) 68, 77 D.L.R. (4th) 94, 118 N.R. 340, 13 C.H.R.R. D/403, 2 C.R.R. (2d) 157, 91 C.L.L.C. 17,002 — *applied*

Four B Manufacturing Ltd. v. U.G.W., [1980] 1 S.C.R. 1031, 80 C.L.L.C. 14,006, 102 D.L.R. (3d) 385, 30 N.R. 421 — *referred to*

Northern Telecom Canada Ltd. v. C.W.O.C., [1983] 1 S.C.R. 733, 147 D.L.R. (3d) 1, 48 N.R. 161 — *referred to*

R. v. Mills, [1986] 1 S.C.R. 863, 52 C.R. (3d) 1, 16 O.A.C. 81, 26 C.C.C. (3d) 481, 29 D.L.R. (4th) 161, 21 C.R.R. 76, 67 N.R. 241, 58 O.R. (2d) 544n — *referred to*

R. v. Ontario (Labour Relations Board), [1963] 2 O.R. 301, 39 D.L.R. 346, (sub nom. *Northern Electric Co. v. U.E.*) 63 C.L.L.C. 15,484 (H.C.) — *referred to*

Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission) (1991), 50 Admin. L.R. 1, 91 C.L.L.C. 14,023, 36 C.C.E.L. 117 (S.C.C.) — *referred to*

Per Wilson J. (L'Heureux-Dubé concurring)

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570, 50 Admin. L.R. 69, [1991] 1 W.W.R. 643, 52 B.C.L.R. (2d) 68, 77 D.L.R. (4th) 94, 118 N.R. 340, 13 C.H.R.R. D/403, 2 C.R.R. (2d) 157, 91 C.L.L.C. 17,002 — *referred to*

McLeod v. Egan, [1975] 1 S.C.R. 517, 46 D.L.R. (3d) 150, (sub nom. *Re McLeod*) 2 N.R. 443, (sub nom. *U.S.W.A., Local 2894 v. Galt Metal Industries Ltd.*) 74 C.L.L.C. 14,220 — *referred to*

R. v. Mills, [1986] 1 S.C.R. 863, 52 C.R. (3d) 1, 16 O.A.C. 81, 26 C.C.C. (3d) 481, 29 D.L.R. (4th) 161, 21 C.R.R. 76, 67 N.R. 241, 58 O.R. (2d) 544n — *referred to*

Statutes considered:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11 —

s. 2(d)

s. 15

s. 24(1)

Constitution Act, 1867 (U.K.), [formerly British North America Act, 1867], 30 & 31 Vict., c. 3.

Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11 —

s. 52

Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212.

Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228 —

s. 2(b)

s. 106(1)

s. 124

Words and phrases considered:

QUESTION OF LAW

Section 106(1) of the *Labour Relations Act* [R.S.O. 1980. c. 228] stipulates that the board has exclusive jurisdiction "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it". The Legislature expressly, and without reservation, conferred authority on the board to decide points of law. In addition, the Act confers powers on the board to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Section 124, for example, gives it authority to decide if a matter is arbitrable. The issue, then, is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] issue must constitute a question of law; indeed, the *Charter* is part of the supreme law of Canada. This comports with the view expressed in *Douglas College* [(1990), 2 C.R.R. (2d) 157] that the statutory authority of the arbitrator in that case to interpret any "Act" must include the authority to apply the *Charter* and to rule on the constitutionality of s. 2(b) of its enabling statute, in the course of the Union's application for certification.

Appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal, reported at 39 Admin. L.R. 48, 70 O.R. (2d) 179, [1989] O.L.R.B. Rep. 989, 62 D.L.R. (4th) 125, 35 O.A.C. 94, 89 C.L.L.C. 14,051, 44 C.R.R. 75, dismissing an appeal from a judgment of the Ontario Divisional Court, reported at (1988), 33 Admin. L.R. 304, 66 O.R. (2d) 284, 32 O.A.C. 7, 88 C.L.L.C. 14,053, dismissing an application for judicial review

La Forest J. (Lamer C.J.C., Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ. concurring):

1 This appeal concerns the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board to determine the constitutionality of a provision of its enabling statute, the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, in the course of proceedings before it.

Facts

2 In April 1987, the United Food and Commercial Workers International Union, Local 175, filed an application for certification before the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") relating to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Limited. Section 2(b) of the *Labour Relations Act* states that the Act does not apply "to a person employed in agriculture." On filing the application, the union gave notice that, if the employees were found to be agricultural employees,

it would request the board to hold s. 2(b) invalid as being contrary to ss. 2(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . The position of Cuddy Chicks was that the employees in question were agricultural employees.

3 Prior to the commencement of the hearing into this matter, Cuddy Chicks disputed the jurisdiction of the board to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. At that point, in February 1988, a separate hearing was convened to determine whether the panel had jurisdiction to entertain the *Charter* issues raised by the union. The decision of this second panel was reserved. The hearing by the first panel proceeded in March and April 1988. At the conclusion of this hearing, the panel unanimously held that the employees at the Cuddy Chicks hatchery were employed in agriculture, and therefore the Act did not apply. A majority of the panel then held that the board had jurisdiction to rule on the *Charter* issue because, in the majority's view, the board is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* , and because s. 52 of the *Constitution Act, 1982* imposes an obligation on the board to ensure that the law it applies is consistent with the supreme law of Canada. Under s. 106(1) of the Act, the board has jurisdiction to decide questions of law relevant to the proceedings before it:

106. — (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

Judicial History

Divisional Court

4 The Divisional Court held [(1988), 66 O.R. (2d) 284, 32 O.A.C. 7, 88 C.L.L.C. 14,053, (sub nom. *U.F.C.W., Local 175 v. Cuddy Chicks Ltd.*) 33 Admin. L.R. 304] that the board had jurisdiction to deal with the *Charter* issue, on three grounds. First, the board was a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* , since it had jurisdiction over the parties, subject matter and remedy, and thus met the test set out in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, 52 C.R. (3d) 1, 16 O.A.C. 81, 26 C.C.C. (3d) 481, 29 D.L.R. (4th) 161, 21 C.R.R. 76, 67 N.R. 241, 58 O.R. (2d) 544n . Second, it had jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* . The Court noted that prior to the *Charter* , labour boards were held competent to determine constitutional questions, such decisions being subject always to judicial review. The third basis on which the Court found jurisdiction in the board was the common law duty of labour boards to construe external statutes in the course of rendering decisions on labour matters before them. Court of Appeal (Grange, Finlayson and McKinlay JJ.A.) 39 Admin. L.R. 48, 70 O.R. (2d)

179, [1989] O.L.R.B. Rep. 989, 62 D.L.R. (4th) 125, 35 O.A.C. 94, 89 C.L.L.C. 14,051, 44 C.R.R. 75

5 A majority of the Court of Appeal (Grange and McKinlay JJ.A.) held that [s. 52\(1\) of the Constitution Act, 1982](#) conferred jurisdiction on the board to decide the constitutionality of its enabling statute. In construing [the Charter](#) in favour of the union in the present case, the board would not be issuing a declaration of invalidity, but merely including agricultural workers within its broad jurisdiction under the Act to certify unions. Accordingly, a remedy was available in the ordinary course of proceedings, and resort to [s. 24 of the Charter](#) was unnecessary. It was also unnecessary to address the issue of common law duty.

6 Finlayson J.A., in dissent, held that the board was not a court of competent jurisdiction under [s. 24\(1\) of the Charter](#). While it had jurisdiction over the union and employer, as well as the remedy of certification, once the board determined that the employees at the Cuddy Chicks hatchery were agricultural employees, it had no jurisdiction over the subject matter of the application and exhausted its jurisdictional competence. McKinlay J.A. agreed that the board was not a court of competent jurisdiction, although in her view, it was unnecessary to decide that issue.

7 As to whether [s. 52 of the Constitution Act, 1982](#) alone confers authority on the board to apply [the Charter](#), Finlayson J.A. held that although that provision does give the board the authority to apply [the Charter](#), it does not give it jurisdiction to strike down, ignore or treat as inoperative any provision of its enabling statute by reference to [the Charter](#).

8 Following its unsuccessful appeals in the Ontario Courts, Cuddy Chicks obtained leave to appeal to this Court. Interventions were filed by the Attorneys General for Ontario and Saskatchewan. In addition, the parties to *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission)* (1991), 50 Admin. L.R. 1, 91 C.L.L.C. 14,023, 36 C.C.E.L. 117 (S.C.C.), an appeal which originally was to be heard together with the present appeal, were permitted to intervene by order of the Chief Justice.

Issues

9 The issues as framed by the parties are as follows:

1. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that [s. 52 of the Constitution Act, 1982](#) conferred the right and duty on an administrative agency such as the OLRB to decide the constitutional validity of its enabling statute?
2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the OLRB has the jurisdiction to decide the constitutional validity of [s. 2\(b\)](#) of its enabling statute by applying [the Charter](#) as part of a duty it has to consider statutes bearing on proceedings before it?

3. Was the Ontario Court of Appeal correct in holding that the OLRB was not a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* ?

Discussion

10 The essential issue before this Court is whether and on what basis the board has jurisdiction to determine the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*, its enabling statute. This Court was not called upon to decide the substantive issue of whether s. 2(b) of the Act violates the *Charter*.

11 The power of an administrative tribunal to consider *Charter* issues was addressed recently by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, 50 Admin. L.R. 69, [1991] 1 W.W.R. 643, 52 B.C.L.R. (2d) 68, 77 D.L.R. (4th) 94, 118 N.R. 340, 13 C.H.R.R. D/403, 2 C.R.R. (2d) 157, 91 C.L.L.C. 17,002. That case concerned the jurisdiction of an arbitration board, appointed by the parties under a collective agreement in conjunction with the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, to determine the constitutionality of a mandatory retirement provision in the collective agreement. In ruling that the arbitrator did have such jurisdiction, this Court articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. This conclusion ensues from the principle of supremacy of the Constitution, which is confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Distilled to its basics, the rationale for recognizing jurisdiction in the arbitrator in the *Douglas College* case is that the Constitution, as the supreme law, must be respected by an administrative tribunal called upon to interpret law. In addition, the practical advantages of having constitutional issues decided at first instance by an expert tribunal confirm, if not compel, this conclusion. Practical considerations were canvassed at length in *Douglas College*, and I need not repeat that discussion here. I would simply note the relevance of such considerations to the determination of whether, in the end, it makes sense for an administrative tribunal to decide whether a particular law is invalid because it violates the *Charter*.

12 It is essential to appreciate that s. 52(1) does not function as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. Section 52(1) affirms in explicit language the supremacy of the Constitution, but is silent on the jurisdictional point per se. In other words, s. 52(1) does not specify which bodies may consider and rule on *Charter* questions, and cannot be said to confer jurisdiction on an administrative tribunal. Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise.

This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought. While this analytical framework mirrors the requirements for a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* as outlined in *R. v. Mills*, supra, as was the case in *Douglas College*, it is unnecessary to have recourse to s. 24(1) to determine whether the board has jurisdiction over *Charter* issues. An administrative tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction in s. 24(1) of the *Charter* in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. In the present case, the relevant inquiry is not whether the tribunal is a "court", but whether the Legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*.

Application to this Case

13 It first must be determined whether the board has jurisdiction over the whole of the matter before it. It is clear that it has jurisdiction over the employer and the union. The issue here centres on its jurisdiction over the subject matter and remedy. The subject matter before the board cannot be characterized simply as an application for certification, which would certainly fall within the authority of the board. This is an application which requires the board to subject s. 2(b) of the Act to *Charter* scrutiny in order to determine whether the application for certification is properly before it. Similarly, the remedy of certification requires the board to refuse to give effect to s. 2(b) of the Act because of inconsistency with the *Charter*. Since the subject matter and remedy in this case are premises on the application of the *Charter*, the authority to apply the *Charter* must be found in the board's enabling statute.

14 Section 106(1) of the *Labour Relations Act* stipulates that the board has exclusive jurisdiction "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it." The Legislature expressly, and without reservation, conferred authority on the board to decide points of law. In addition, the Act confers powers on the board to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Section 124, for example, gives it authority to decide if a matter is arbitrable. The issue, then, is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a *Charter* issue must constitute a question of law; indeed, the *Charter* is part of the supreme law of Canada. This comports with the view expressed in *Douglas College*, supra, that the statutory authority of the arbitrator in that case to interpret any "Act" must include the authority to interpret the *Charter*. In the result, the board has the authority to apply the *Charter* and to rule on the constitutionality of s. 2(b) of its enabling statute, in the course of the union's application for certification.

Practical Considerations

15 The discussion of practical considerations in the *Douglas College* decision entailed an analysis of the institutional characteristics of administrative tribunals, such as their narrow range of expertise and the speed with which they deal with matters, in relation to the fundamental and often complex nature of *Charter* issues. This analysis concerned administrative tribunals in general, and the ultimate conclusion that practical concerns favour the finding of jurisdiction in administrative tribunals holds in the present case. My purpose here is not to rehearse that comprehensive discussion, but simply to identify those considerations which are more pronounced in the particular case of the board.

16 The overarching consideration is that labour boards are administrative bodies of a high calibre. The tripartite model which has been adopted almost uniformly across the country combines the values of expertise and broad experience with acceptability and credibility. In *C.U.P.E., Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, 25 N.B.R. (2d) 237, 51 A.P.R. 237, 26 N.R. 341, 79 C.L.L.C. 14,209, 97 D.L.R. (3d) 417, N.B.L.L.C. 24,259, at pp. 235-236 [S.C.R.], Dickson J. (as he then was) characterized the particular competence of labour boards as follows:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

It must be emphasized that the process of *Charter* decision-making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision-maker to analyze competing policy concerns is critical. Therefore, while board members need not have formal legal training, it remains that they have a very meaningful role to play in the resolution of constitutional issues. The informed view of the board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. This is evidenced clearly by the weight which the judiciary has given the factual record provided by labour boards in division of powers cases; see, for example, *Northern Telecom Canada Ltd. v. C.W.O.C.*, [1983] 1 S.C.R. 733, 147 D.L.R. (3d) 1, 48 N.R. 161.

17 That having been said, the jurisdiction of the board is limited in at least one crucial respect: it can expect no curial deference with respect to constitutional decisions. Furthermore, a formal declaration of invalidity is not a remedy which is available to the board. Instead, the board simply treats any impugned provision as invalid for the purposes of the matter before it. Given that this is not tantamount to a formal declaration of invalidity, a remedy exercisable only by the superior Courts, the ruling of the board on a *Charter* issue does not constitute a binding legal precedent, but is limited in its applicability to the matter in which it arises.

18 An additional practical consideration which bears mention here is whether the Attorney General of the province will participate in proceedings before an administrative tribunal. Before the Courts, a provision to obtain this participation exists. Finlayson J.A. commented that this sort of participation may be inappropriate in the case of tribunals established by government, but at the same time the lack of participation of the Attorney General unfairly places the burden of defending legislation on the parties. However, the Attorney General for Ontario expressed a willingness to intervene and make submissions in appropriate cases, and has in the past done so before the board on issues of federalism under the *Constitution Act, 1867*. To the extent that the Attorney General will intervene, the relative disadvantage of administrative tribunals versus courts is lessened.

19 It is apparent, then, that an expert tribunal of the calibre of the board can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. In the present case, the experience of the board is highly relevant to the *Charter* challenge to its enabling statute, particularly at the s. 1 stage, where policy concerns prevail. At the end of the day, the legal process will be better served where the board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*.

20 This view also makes sense within the larger context of Canadian constitutional jurisprudence. The capacity of labour boards to consider constitutional questions relating to their own jurisdiction has long been recognized. An early expression of this principle is found in *R. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1963] 2 O.R. 301, 39 D.L.R. (2d) 346, (sub nom. *Northern Electric Co. v. U.E.*) 63 C.L.L.C. 15,484 (H.C.), a case which was cited by Estey J. in *Northern Telecom Canada Ltd. v. C.W.O.C.*, supra, at p. 756 [S.C.R.], in support of the jurisdictional competence of labour boards in constitutional matters:

McRuer C.J.H.C., in giving judgment, made reference at p. 307 to the limited but important role to be played by the administrative agency in the determination of the constitutional questions:

The Board cannot judicially determine constitutional questions but it has power to entertain an objection to its jurisdiction on constitutional grounds and to have the grounds of the objection stated.

See also *Canada (Labour Relations Bd.) v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, 47 N.R. 351, and *Four B Manufacturing Ltd. v. U.G.W.*, [1980] 1 S.C.R. 1031, 80 C.L.L.C. 14,006, 102 D.L.R. (3d) 385, 30 N.R. 421.

21 What these cases speak to is not only the fundamental nature of the *Constitution*, but also the legal competence of labour boards and the value of their expertise at the initial stages of complex

constitutional deliberations. These practical considerations have compelled the Courts to recognize a power, albeit a carefully limited one, in labour tribunals to deal with constitutional issues involving their own jurisdiction. Such considerations are as compelling in the case of *Charter* challenges to a tribunal's enabling statute. Therefore, to extend this "limited but important role" of labour boards to the realm of *the Charter* is simply a natural progression of a well established principle.

Disposition

22 In the application for certification brought by the union, the board had jurisdiction over the parties, subject matter and remedy. In the exercise of this jurisdiction, it was required to respect the supremacy of *the Constitution* as expressed in *s. 52(1) of the Constitution Act, 1982*, and had a duty to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. It is unnecessary to consider whether the board is a court of competent jurisdiction within the meaning of *s. 24(1) of the Charter*.

23 I would dismiss the appeal with costs

Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring):

24 In my concurring reasons in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, 50 Admin. L.R. 69, [1991] 1 W.W.R. 643, 52 B.C.L.R. (2d) 68, 77 D.L.R. (4th) 94, 118 N.R. 340, 13 C.H.R.R. D/403, 2 C.R.R. (2d) 157, 91 C.L.L.C. 17,002, I agreed with my colleague Justice La Forest that an arbitration board appointed by the parties under the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, had jurisdiction, by virtue of *s. 52(1) of the Constitution Act, 1982*, to determine *the Charter* issue raised by the grievance, and that it was not necessary in that case to determine whether the board was a "court of competent jurisdiction" within the meaning of *s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I added the following qualification to my concurrence at p. 606 [S.C.R.]:

I would, however, prefer to leave open the question whether a tribunal may have such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement such as those heavily relied on by my colleague.

25 In the present appeal, my colleague has restated the position he took in *Douglas College* that the authority to apply *the Charter* must be found in the tribunal's enabling statute, and he has found once again that its jurisdiction is found there, that the broad jurisdiction conferred on the board by *s. 106(1) of the Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, includes the authority to interpret *the Charter*.

26 In concurring with my colleague in the present appeal, I would accordingly wish once again to add the qualification which I added to my concurrence in *Douglas College*. The absence of legislative authority to deal with *the Charter* issue in the governing statute is not, in my view,

necessarily determinative of a tribunal's jurisdiction, since the authority and obligation to apply the law may be grounded elsewhere: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, 46 D.L.R. (3d) 150, (sub nom. *Re McLeod*) 2 N.R. 443, (sub nom. *U.S.W.A., Local 2894 v. Galt Metal Industries Ltd.*) 74 C.L.L.C. 14,220 . Additionally, it may be necessary to proceed to s. 24(1) of the *Charter* and decide whether, on the basis of the tests set out in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, 52 C.R. (3d) 1, 16 O.A.C. 81, 26 C.C.C. (3d) 481, 29 D.L.R. (4th) 161, 21 C.R.R. 76, 67 N.R. 241, 58 O.R. (2d) 544n , the tribunal is a court of competent jurisdiction to decide a *Charter* issue arising in the context of the relief claimed.

Appeal dismissed.

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

1990 CarswellINS 60

Supreme Court of Canada

Please see in particular para. 7

Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.

1990 CarswellINS 60, 1990 CarswellINS 259, [1990] 1 S.C.R. 705, [1990] S.C.J. No. 27,
106 N.R. 11, 20 A.C.W.S. (3d) 353, 258 A.P.R. 181, 40 C.L.R. 1, 41 C.P.C. (2d) 18,
46 C.R.R. 259, 68 D.L.R. (4th) 147, 97 N.S.R. (2d) 181, J.E. 90-615, EYB 1990-67376

**THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA AS REPRESENTED BY THE MINISTER
OF PUBLIC WORKS v. DYWIDAG SYSTEMS INTERNATIONAL CANADA
LTD. et al.; ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO et al. (intervenors)**

Dickson C.J.C., Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

Heard: January 24, 1990

Judgment: March 29, 1990

Docket: Doc. No. 20333

Counsel: *T.B. Smith, Q.C., A.R. Pringle, and Joseph de Pencier*, for appellant.

No one appearing for respondent Dywidag.

Elwin MacNeil, Q.C., A. Wayne MacKay, and Edmond W. Chiasson, for respondent Zutphen.

Robert E. Charney, for Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Madeleine Aubé, for Attorney General of Québec.

Richard Taylor, for Attorney General for Alberta.

Subject: Civil Practice and Procedure; Contracts; Constitutional; Public

Headnote

Constitutional Law --- Charter of Rights and Freedoms — Scope of application — Who having rights under Charter — Corporations

Constitutional Law --- Charter of Rights and Freedoms — Nature of rights and freedom — Equality rights — Who constituting individual — Crown

Crown --- Practice and procedure involving Crown in right of Canada — Forum for proceedings — In proceedings against Crown — General jurisdiction of Federal Court

Crown --- Practice and procedure involving Crown in right of Canada — Forum for proceedings — In proceedings against Crown — Effect of Charter of Rights and Freedoms

Judges and Courts --- Jurisdiction — Jurisdiction of superior courts — General jurisdiction

Judges and Courts --- Exchequer and Federal Courts — Jurisdiction — Proceedings involving third parties or multiple defendants — Third party claims

Constitutional law — [Constitution Act, 1982](#) — [Charter of Rights and Freedoms](#) — Equality rights — Exclusive jurisdiction of Federal Court to hear claims against Crown not violating [s. 15 of](#)

[Charter](#) — [Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15](#) — [Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7\(1\)](#) — [Federal Court Act, R.S.C. 1970 \(2nd Supp.\), c. 10, s. 17\(1\), \(2\)](#).

Constitutional law — [Constitution Act, 1982](#) — [Charter of Rights and Freedoms](#) — Legal rights — Life, liberty and security — Requirement that action against federal Crown be brought in Federal Court not being breach of [s. 7 of Charter](#) — [Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7](#) — [Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7\(1\)](#) — [Federal Court Act, R.S.C. 1970 \(2nd Supp.\), c. 10, s. 17\(1\), \(2\)](#).

Crown — Procedure in proceedings by and against Crown in Right of Canada — Proceedings against Crown — Exchequer and Federal Courts: exclusive jurisdiction — Exclusive jurisdiction of Federal Court not violating [ss. 7, 15\(1\) of Canadian Charter of Rights and Freedoms](#) — [Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15\(1\)](#) — [Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7\(1\)](#) — [Federal Court Act, R.S.C. 1970 \(2nd Supp.\), c. 10, s. 17\(1\), \(2\)](#).

Judges and Courts — Exchequer and Federal Courts — Jurisdiction — Exclusive jurisdiction of Federal Court in civil proceedings against federal Crown not violating [ss. 7, 15\(1\) of Canadian Charter of Rights and Freedoms](#) — [Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15\(1\)](#) — [Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7\(1\)](#) — [Federal Court Act, R.S.C. 1970 \(2nd Supp.\), c. 10, s. 17\(1\), \(2\)](#).

The defendant Z contracted with the federal Crown to reconstruct a wharf and entered into a subcontract with the plaintiff D. Disputes between all the parties arose as a result of which D sued Z in the Nova Scotia Supreme Court. Z defended by alleging that any liability attributable to it was caused by the fault of the federal Crown. D then commenced a separate action against the federal Crown in the Federal Court of Canada, whereupon the federal Crown notified Z that it would claim against it for any losses incurred as a result of the Federal Court action. To avoid a multiplicity of actions, Z brought an application in the Supreme Court of Nova Scotia to add the Crown as a third party in the action in that court. Z contended that [ss. 17\(1\) and 17\(2\) of the Federal Court Act](#), and [s. 7\(1\) of the Crown Liability Act](#), violated [ss. 7 and 15\(1\) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms](#). The Nova Scotia Supreme Court Trial Division dismissed Z's motion but the Appeal Division allowed the appeal, holding that while the impugned provisions did not violate [s. 7 of the Charter](#), they did infringe [s. 15\(1\)](#). The Federal Crown appealed.

Held:

The appeal was allowed.

Per Cory J.

There was no doubt that a corporation could not avail itself of the protection of [s. 7 of the Charter](#). A corporation cannot be deprived of life, liberty, and security of the person. The exception that a corporation may defend in a penal proceeding on the basis that the law under which the charge was brought was constitutionally invalid did not apply.

For the reasons stated in *Rudolph Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695, 41 C.P.C. (2d) 1, 106 N.R. 1, [s. 15\(1\) of the Charter](#) was also inapplicable.

Table of Authorities

Cases considered:

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, 94 N.R. 167, 58 D.L.R. (4th) 577, 24 Q.A.C. 2, 25 C.P.R. (3d) 417, 39 C.R.R. 193 — *applied*

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, [1985] 3 W.W.R. 481, 37 Alta. L.R. (2d) 97, 58 N.R. 81, 13 C.R.R. 64, 18 C.C.C. (3d) 385, 60 A.R. 161, 18 D.L.R. (4th) 321, 85 C.L.L.C. 14,023 — *distinguished*

Rudolph Wolff & Co. v. Canada, [1990] 1 S.C.R. 695, 41 C.P.C. (2d) 1, 106 N.R. 1 — *applied*

Statutes considered:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11.

Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 —

s. 7[now R.S.C. 1985, c. C-50, s. 15]

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 [now R.S.C. 1985, c. F-7]

APPEAL from order of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, (1987), 17 C.P.C. (2d) 149, reversing decision of Richard J. (1986), 75 N.S.R. (2d) 187, 186 A.P.R. 187 (T.D.), dismissing motion to add Crown as third party.

The judgment of the Court was delivered by Cory J.:

1 This appeal was heard on the same day as that of *Rudolph Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695, 41 C.P.C. (2d) 1, 106 N.R. 1. Like *Wolff*, it raises the issue of the constitutionality of the legislative provisions that give the Federal Court of Canada exclusive jurisdiction over claims against the Crown. It must be resolved in the same manner as *Wolff* for the reasons expressed in that case.

Factual Background

2 In 1983, the federal Crown contracted with Zutphen Brothers Construction Ltd. for the reconstruction of a dilapidated wharf in Glace Bay, Nova Scotia. Two weeks later, Zutphen entered into a subcontract with Dywidag Systems International, Canada Ltd. for the reconstruction of the wharf in accordance with the plans and specifications contained in the primary contract prepared by the Department of Public Works.

3 Disputes between the three parties soon arose. In 1985, Dywidag sued Zutphen in the Nova Scotia Supreme Court for losses it had incurred because of errors in the plans and specifications provided by Zutphen. When Zutphen defended itself by claiming that any errors in plans and specifications were caused by the Crown, Dywidag commenced a separate action in the Federal Court of Canada against the Crown. The Crown then notified Zutphen that it would claim against it for any losses it incurred as a result of the Federal Court action.

4 To avoid a multiplicity of actions, Zutphen brought an action to the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, to add the Crown as a third party to the action commenced against it by Dywidag. Zutphen argued that ss. 17(1) and 17(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended (now R.S.C. 1985, c. F-7), and s. 7(1) of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, as amended (now R.S.C., 1985, c. C-50, s. 15(1)) violate ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Richard J., sitting in Chambers, dismissed the application. Zutphen appealed to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division. The appeal was allowed and leave was granted to add the Crown as a third party.

5 Jones J.A., writing for the Appeal Division, rejected Zutphen's argument based on s. 7 of the *Charter*, but held that the impugned legislative provisions infringed s. 15 of the *Charter*. Citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, [1985] 3 W.W.R. 481, 37 Alta. L.R. (2d) 97, 58 N.R. 81, 13 C.R.R. 64, 18 C.C.C. (3d) 385, 60 A.R. 161, 18 D.L.R. (4th) 321, 85 C.L.L.C. 14,023, he held that a corporation was entitled to challenge the constitutionality of the *Federal Court Act* and the *Crown Liability Act* on the grounds that they contravened s. 15 of the *Charter*. He held that the impugned provisions of these Acts violated s. 15(1) because they placed the Crown in a preferred position compared to the other parties. Finally, he held that this violation could not be justified under s. 1 of the *Charter* since the Crown had not proven that exclusive Federal Court jurisdiction was either necessary in this case or that it was related to concerns that were pressing and substantial.

Applicability of Section 7 of the Charter

6 There can now be no doubt that a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, 94 N.R. 167, 58 D.L.R. (4th) 577, 24 Q.A.C. 2, 25 C.P.R. (3d) 417, 39 C.R.R. 193, the majority of this Court held that a corporation cannot be deprived of life, liberty and security of the person and cannot therefore avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. At p. 1004 [S.C.R.] it was stated:

it appears to us that [s. 7] was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase 'Everyone has the right to life, liberty and security of the person' serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. 'Everyone' then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings.

7 It is true that there is an exception to this general principle that was established in *Big M Drug Mart*, supra, where it was held that "[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally

invalid." ([1985] 1 S.C.R. pp. 313-314). Here no penal proceedings are pending and the exception is obviously not applicable.

Section 15 of the Charter

8 With regard to [s. 15\(1\) of the Charter](#), for the reasons expressed in *Wolff*, supra, the impugned provisions of the legislation do not constitute discrimination.

Disposition

9 I would allow the appeal but, in the circumstances, without costs. The constitutional questions should be answered as follows:

1. are ss. 17(1) and 17(2) of the *Federal Court Act*, as amended, and [s. 7\(1\) of the Crown Liability Act](#), as amended, consistent with [ss. 7 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms](#) insofar as they confer exclusive jurisdiction in the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Answer: yes.

2. if ss. 17(1) and 17(2) of the *Federal Court Act*, as amended, and [s. 7\(1\) of the Crown Liability Act](#), as amended, are not rendered void by virtue of their inconsistency with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they none the less inoperative in the particular facts of this case insofar as they confer exclusive jurisdiction on the Federal Court in relation to all claims against the Crown?

Answer: this question need not be answered.

3. if ss. 17(1) and 17(2) of the *Federal Court Act*, as amended, and [s. 7\(1\) of the Crown Liability Act](#), as amended, or both, are inconsistent either with [s. 7](#) or [s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms](#), are they a reasonable limit within the meaning of [s. 1 of the Charter](#)?

Answer: this question need not be answered.

Appeal allowed.

F.H. Appellant

v.

Ian Hugh McDougall Respondent

- and -

F.H. Appellant

v.

The Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of British
Columbia Respondent

- and -

F.H. Appellant

v.

Her Majesty The Queen in Right of
Canada as represented by the Minister
of Indian Affairs and Northern
Development Respondent

INDEXED AS: F.H. v. MCDOUGALL

Neutral citation: 2008 SCC 53.

File No.: 32085.

2008: May 15; 2008: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Evidence — Standard of proof — Allegations of
sexual assault in a civil case — Inconsistencies in com-
plainant’s testimony — Whether Court of Appeal erred
in holding trial judge to standard of proof higher than
balance of probabilities.

Please see in particular para. 40

c.

Ian Hugh McDougall Intimé

- et -

F.H. Appellant

c.

The Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of British
Columbia Intimé

- et -

F.H. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine du chef du
Canada, représentée par le ministre
des Affaires indiennes et du Nord
canadien Intimée

RÉPERTORIÉ : F.H. c. MCDOUGALL

Référence neutre : 2008 CSC 53.

Nº du greffe : 32085.

2008 : 15 mai; 2008 : 2 octobre.

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

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

Preuve — Norme de preuve — Allégations d’agression
sexuelle formulées dans une instance civile — Contra-
dictions dans le témoignage du demandeur — La Cour
d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la juge du procès
aurait dû appliquer une norme de preuve plus stricte que
celle de la prépondérance des probabilités?

Evidence — Corroborative evidence — Allegations of sexual assault in a civil case — Whether victim must provide independent corroborating evidence.

Appeals — Standard of review — Applicable standard of appellate review on questions of fact and credibility.

From 1966 to 1974, H was a resident of the Sechelt Indian Residential School in British Columbia, an institution operated by the Oblates of Mary Immaculate and funded by the Canadian government. M was an Oblate Brother at the school and also the junior and intermediate boys' supervisor from 1965 to 1969. H claimed to have been sexually assaulted by M in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. These assaults were alleged to have occurred when the children were lined up and brought, one by one, into the washroom to be inspected by the supervisors for cleanliness. H told no one about the assaults until 2000, when he confided in his wife. He then commenced this action against the respondents. Despite inconsistencies in his testimony as to the frequency and gravity of the sexual assaults, the trial judge found that H was a credible witness and concluded that he had been anally raped by M on four occasions during the 1968-69 school year. In addition, she found that M had physically assaulted H by strapping him on numerous occasions. A majority of the Court of Appeal overturned the decision with respect to the sexual assaults on the grounds that the trial judge had failed to consider the serious inconsistencies in H's testimony in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard of proof that was "commensurate with the allegation", and had failed to scrutinize the evidence in the manner required.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's decision restored.

There is only one standard of proof in a civil case and that is proof on a balance of probabilities. Although there has been some suggestion in the case law that the criminal burden applies or that there is a shifting standard of proof, where, as here, criminal or morally blameworthy conduct is alleged, in Canada, there are no degrees of probability within that civil standard. If a trial judge expressly states the correct standard of proof, or does not express one at all, it will be presumed that the correct standard was applied unless it can be demonstrated that an incorrect standard was applied. Further, the appellate court must ensure that it does not substitute its own view of the facts with that of the trial judge in determining whether the correct standard was

Preuve — Corroboration — Allégations d'agression sexuelle formulées dans une instance civile — Le témoignage de la victime doit-il faire l'objet d'une corroboration indépendante?

Appels — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable en appel aux questions de fait et de crédibilité.

De 1966 à 1974, H a été pensionnaire au Pensionnat indien de Sechelt, en Colombie-Britannique, un établissement dirigé par les Oblats de Marie Immaculée et financé par l'État canadien. Frère oblat au pensionnat, M a été surveillant des garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermédiaire de 1965 à 1969. H a prétendu qu'à l'âge d'environ 10 ans, M l'avait agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Selon son témoignage, les enfants formaient des rangs et étaient emmenés à tour de rôle dans les toilettes pour que le surveillant s'assure de leur propreté : c'est alors qu'ils étaient agressés sexuellement. H n'a révélé les agressions subies qu'en 2000, se confiant alors à son épouse. Il a ensuite intenté son action contre les intimés. Malgré les contradictions de son témoignage quant à la fréquence et à la gravité des agressions sexuelles, la juge du procès a conclu à sa crédibilité en tant que témoin et déterminé que M l'avait sodomisé quatre fois pendant l'année scolaire 1968-1969. Elle a par ailleurs conclu que M avait agressé H physiquement en le frappant avec une lanière en cuir à de nombreuses occasions. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé sa décision quant aux agressions sexuelles au motif qu'elle avait omis de prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de H pour déterminer si les agressions sexuelles avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation » et qu'elle n'avait pas examiné la preuve aussi attentivement qu'elle l'aurait dû.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

Dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence ait donné à penser que la norme pénale ou une norme variable s'applique lorsque, comme en l'espèce, un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué, au Canada, la norme de preuve civile ne comporte pas de degrés de probabilité. Lorsque le juge du procès énonce expressément la bonne norme de preuve ou qu'il ne renvoie à aucune, il est présumé avoir appliqué la bonne, sauf preuve du contraire. Aussi, lorsqu'elle détermine si la bonne norme a été appliquée, la cour d'appel doit veiller à ne pas substituer sa propre interprétation des faits à celle du juge du procès. Dans toute instance civile, le

applied. In every civil case, a judge should be mindful of, and, depending on the circumstances, may take into account, the seriousness of the allegations or consequences or inherent improbabilities, but these considerations do not alter the standard of proof. One legal rule applies in all cases and that is that the evidence must be scrutinized with care by the trial judge in deciding whether it is more likely than not that an alleged event has occurred. Further, the evidence must always be clear, convincing and cogent in order to satisfy the balance of probabilities test. In serious cases such as this one, where there is little other evidence than that of the plaintiff and the defendant, and the alleged events took place long ago, the judge is required to make a decision, even though this may be difficult. Appellate courts must accept that if a responsible trial judge finds for the plaintiff, the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test. In this case, the Court of Appeal erred in holding the trial judge to a higher standard of proof. This is sufficient to decide the appeal. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

In finding that the trial judge failed to scrutinize H's evidence in the manner required by law, in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances, the Court of Appeal also incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge. Assessing credibility is clearly in the bailiwick of the trial judge for which he or she must be accorded a heightened degree of deference. Where proof is on a balance of probabilities, there is no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge must not consider the plaintiff's evidence in isolation, but should consider the totality of the evidence in the case, and assess the impact of any inconsistencies on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case. It is apparent from her reasons that the trial judge recognized this obligation upon her, and while she did not deal with every inconsistency, she did address in a general way the arguments put forward by the defence. Despite significant inconsistencies in his testimony concerning the frequency and severity of the sexual assaults, and the differences between his trial evidence and answers on previous occasions, the trial judge found that H was nevertheless a credible witness. Where a trial judge demonstrates that he or she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court. Here, the Court of Appeal

juge doit avoir présentes à l'esprit — et, selon les circonstances, il peut les prendre en compte — la gravité des allégations ou de leurs conséquences, ou encore, l'improbabilité intrinsèque, mais ces considérations ne modifient pas la norme de preuve. Une seule règle de droit vaut dans tous les cas : le juge du procès doit examiner attentivement la preuve pour décider si, selon toute vraisemblance, l'événement allégué a eu lieu. En outre, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, lorsque la preuve consiste essentiellement dans les témoignages du demandeur et du défendeur, et que les faits allégués se sont produits longtemps auparavant, aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, la cour d'appel doit tenir pour acquis que la preuve était suffisamment claire et convaincante pour qu'il conclue au respect du critère de la prépondérance des probabilités. En l'espèce, la Cour d'appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi. [30] [40] [44-46] [49] [53-54]

En concluant que la juge du procès avait omis d'examiner le témoignage de H aussi attentivement qu'elle l'aurait dû légalement, à la lumière des contradictions du témoignage et de l'absence d'élément circonstanciel le corroborant, la Cour d'appel a également substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès. Il incombe clairement au juge du procès d'apprécier la crédibilité d'un témoin, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Lorsque la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, il n'y a pas de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve et déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige. Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu cette obligation, et bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense. Malgré les contradictions importantes du témoignage de H sur la fréquence et la gravité des agressions sexuelles, ainsi que les divergences entre son témoignage au procès et les réponses données précédemment, la juge du procès a estimé que H était un témoin digne de foi. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin

identified no such error. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

In addition, while it is helpful and strengthens the evidence of the party relying on it, as a matter of law, in cases of oath against oath, there is no requirement that a sexual assault victim must provide independent corroborating evidence. Such evidence may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Also, incidents of sexual assault normally occur in private. Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration. In civil cases in which there is conflicting testimony, the judge must decide whether a fact occurred on a balance of probabilities, and provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result on an important issue because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on an important issue. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that are altogether denied by the defendant, as in this case. Here, the Court of Appeal was correct in finding that the trial judge did not ignore M's evidence or marginalize him, but simply believed H on essential matters rather than M. [77] [80-81] [86] [96]

Finally, an unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at, but that does not make the reasons inadequate. Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been. The Court of Appeal found that the trial judge's reasons showed why she arrived at her conclusion that H had been sexually assaulted by M. Its conclusion that the trial judge's reasons were adequate should not be disturbed. [100-101]

Cases Cited

Applied: *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320;

était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas relevé pareille erreur. [52] [58-59] [70] [72-73] [75-76]

Par ailleurs, même si la corroboration indépendante est utile et étoffe la preuve offerte, elle ne s'impose pas légalement lorsque, dans une affaire d'agression sexuelle, c'est la parole de la victime contre celle du défendeur. Il est possible qu'il ne puisse y avoir de corroboration, surtout lorsque les faits allégués se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé. Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Dans une affaire d'agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu'il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, le juge doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration. Au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S'il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d'une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l'autre partie. Croire une partie suppose alors explicitement ou non que l'on ne croit pas l'autre sur le point important en litige. C'est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, le demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge du procès n'avait pas ignoré le témoignage de M ni marginalisé ce dernier, mais qu'elle avait simplement cru H plutôt que M sur des points importants. [77] [80-81] [86] [96]

Enfin, la partie qui n'a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s'il ne l'a pas crue. Il faut reconnaître qu'il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l'origine de sa décision, mais ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Les motifs ne sont pas non plus insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être. La Cour d'appel a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que H avait été agressé sexuellement par M. Les motifs de la juge du procès étaient suffisants et ils ne doivent pas être modifiés. [100-101]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *R. c. Lifchus*, [1997]

H.L. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34; *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51; **referred to**: *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors)* (*Sexual Abuse: Standard of Proof*), [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(l).

Authors Cited

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. "Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 455.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Rowles and Ryan JJ.) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) v. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, allowing the appeal against Gill J.'s decision in the case of sexual assault but dismissing the appeal from her finding of physical assault, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. v. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Appeal allowed.

3 R.C.S. 320; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34; *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51; **arrêts mentionnés**: *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304; *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39; *In re H. (Minors)* (*Sexual Abuse : Standard of Proof*), [1996] A.C. 563; *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1; *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30; *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 139(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(4)(l).
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125.

Doctrine citée

Rothstein, Linda R., Robert A. Centa and Eric Adams. « Balancing Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 455.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Rowles et Ryan) (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203 (*sub nom. C. (R.) c. McDougall*), [2007] 9 W.W.R. 256, 41 C.P.C. (6th) 213, 239 B.C.A.C. 222, 396 W.A.C. 222, [2007] B.C.J. No. 721 (QL), 2007 CarswellBC 723, 2007 BCCA 212, accueillant l'appel contre la décision de la juge Gill quant à l'allégation d'agression sexuelle, mais le rejetant quant à l'allégation d'agression physique, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL) (*sub nom. R.C. c. McDougall*), 2005 CarswellBC 2578, 2005 BCSC 1518. Pourvoi accueilli.

Allan Donovan, Karim Ramji and Niki Sharma,
for the appellant.

Bronson Toy, for the respondent Ian Hugh
McDougall.

F. Mark Rowan, for the respondent The Order of
the Oblates of Mary Immaculate in the Province of
British Columbia.

Peter Southey and Christine Mohr, for the
respondent Her Majesty the Queen in Right of
Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] **ROTHSTEIN J.** — The Supreme Court of
British Columbia found in a civil action that the
respondent, Ian Hugh McDougall, a supervisor at
the Sechelt Indian Residential School, had sexually
assaulted the appellant, F.H., while he was a stu-
dent during the 1968-69 school year. A majority
of the British Columbia Court of Appeal allowed
the respondent's appeal in part, and reversed the
decision of the trial judge. I would allow the appeal
to this Court and restore the judgment of the trial
judge.

I. Facts

[2] The Sechelt Indian Residential School was
established in 1904 in British Columbia. It was
funded by the Canadian government and operated
by the Oblates of Mary Immaculate. F.H. was a res-
ident student at the school from September 1966
to March 1967 and again from September 1968
to June 1974. Ian Hugh McDougall was an Oblate
Brother until 1970 and was the junior and inter-
mediate boys' supervisor at the school from 1965
to 1969.

[3] The school building had three stories. Dormi-
tories for junior and senior boys were located
on the top floor. A supervisors' washroom was also
located on the top floor and was accessible through
a washroom for the boys. The intermediate boys'
dormitory was on the second floor. McDougall had
a room in the corner of that dormitory.

Allan Donovan, Karim Ramji et Niki Sharma,
pour l'appellant.

Bronson Toy, pour l'intimé Ian Hugh
McDougall.

F. Mark Rowan, pour l'intimé The Order of the
Oblates of Mary Immaculate in the Province of
British Columbia.

Peter Southey et Christine Mohr, pour l'intimée
Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu
par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans le cadre d'une
poursuite au civil, la Cour suprême de la Colombie-
Britannique a conclu que pendant l'année sco-
laire 1968-1969, l'intimé Ian Hugh McDougall,
surveillant au Pensionnat indien de Sechelt, avait
agressé sexuellement l'appellant, F.H., un ancien
élève de l'établissement. Les juges majoritaires de
la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont
accueilli en partie l'appel de l'intimé et infirmé la
décision de la juge du procès. Je suis d'avis d'ac-
cueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de pre-
mière instance.

I. Faits

[2] Le Pensionnat indien de Sechelt a vu le jour
en Colombie-Britannique en 1904. Son finance-
ment était assuré par l'État canadien, et sa direc-
tion, par les Oblats de Marie Immaculée. F.H. y a
séjourné de septembre 1966 à mars 1967, ainsi que
de septembre 1968 à juin 1974. Frère Oblat jusqu'en
1970, Ian Hugh McDougall y a été surveillant des
garçons les plus jeunes et de ceux d'âge intermé-
diaire de 1965 à 1969.

[3] L'établissement comptait trois étages. Les dor-
toirs des garçons les plus jeunes et des plus âgés
étaient situés à l'étage supérieur. Les toilettes des
surveillants se trouvaient également à l'étage supé-
rieur et on pouvait y avoir accès par les toilettes des
pensionnaires. Le dortoir des garçons d'âge inter-
médiaire était situé au deuxième étage, et la cham-
bre de M. McDougall s'y trouvait dans un angle.

[4] F.H. claims to have been sexually assaulted by McDougall in the supervisors' washroom when he was approximately 10 years of age. At trial, he testified that McDougall sexually abused him on four occasions. The trial judge set out his evidence of these incidents at paras. 34-38 of her reasons:

As to the first occasion, F.H. had been in the dormitory with others. The defendant asked four boys to go upstairs to the main washroom where they were to wait before going to the supervisors' washroom for an examination. F.H. was the last to go into the washroom to be examined. When he went in, he was asked to remove his pyjamas and while facing the defendant, he was checked from head to toe. His penis was fondled. The defendant then turned him around, asked him to bend over and put his finger in his anus. He removed his clothing, grabbed F.H. around the waist, pulled him onto his lap and raped him. The defendant had put the cover of the toilet down and was using it as a seat. After the defendant ejaculated, he told the plaintiff to put on his pyjamas and leave the room.

F.H. was shocked. He did not cry or scream, nor did he say anything. When he went to the main communal washroom, he could see that he was bleeding. The next morning, he noticed blood in his pyjamas. He went downstairs to the boys' washroom and changed. The bloody pyjamas were rinsed and placed in his locker.

The second incident was approximately two weeks after the first. F.H. was in the dormitory getting ready for bed when the defendant asked him to go to the supervisors' washroom so he could do an examination. There were no other boys present. F.H. was asked to remove his pyjamas and again, he was raped. He went to the communal washroom to clean himself up. In the morning, he realized that his pyjamas were bloody. As it was laundry day, he threw his pyjamas in the laundry bin with the sheets.

The third incident occurred approximately one month later. F.H. testified that once again he was asked to go to the supervisors' washroom, remove his pyjamas and turn around. Again, the defendant grabbed him by the waist and raped him. He was bleeding, but could not recall whether there was blood on his pyjamas.

The fourth incident occurred approximately one month after the third. As he was getting ready for bed, the defendant grabbed him by the shoulder and took

[4] F.H. prétend qu'à l'âge d'environ 10 ans, M. McDougall l'a agressé sexuellement dans les toilettes des surveillants. Au procès, il a dit avoir subi quatre agressions. La juge du procès relate son témoignage aux par. 34-38 de ses motifs :

[TRADUCTION] La première fois, F.H. se trouvait dans le dortoir avec d'autres garçons. Le défendeur a demandé à quatre d'entre eux de se rendre aux toilettes principales à l'étage supérieur et d'attendre avant d'aller dans les toilettes des surveillants pour un examen. F.H. a été le dernier à s'y présenter. Le défendeur lui a demandé de retirer son pyjama et, alors que F.H. était de face, il l'a examiné des pieds à la tête. Il a caressé son pénis. Le défendeur l'a ensuite retourné, lui a demandé de se pencher et a inséré son doigt dans son anus. Le défendeur a enlevé ses vêtements, a empoigné F.H. par la taille, l'a mis sur ses genoux et l'a violé. Il avait rabattu le couvercle de la toilette, sur lequel il s'était assis. Après avoir éjaculé, il a dit au demandeur de remettre son pyjama et de quitter la pièce.

F.H. était sous le choc. Il n'a ni pleuré ni crié; il est demeuré silencieux. Lorsqu'il s'est rendu aux toilettes communes principales, il a constaté qu'il saignait. Le lendemain matin, il a remarqué la présence de sang dans son pyjama. Il est descendu aux toilettes des garçons et il s'est changé. Il a rincé son pyjama et l'a rangé dans son casier.

La deuxième agression s'est produite environ deux semaines plus tard. F.H. se trouvait dans le dortoir et se préparait à aller au lit lorsque le défendeur lui a dit de se rendre aux toilettes des surveillants pour un examen. Aucun autre garçon n'était présent. Il a demandé à F.H. d'enlever son pyjama, puis il l'a encore une fois violé. F.H. s'est rendu aux toilettes communes pour se laver. Le lendemain matin, il a constaté que son pyjama était taché de sang. Comme c'était jour de lessive, il a déposé son pyjama dans le panier à linge avec les draps.

La troisième agression a eu lieu environ un mois plus tard. Dans son témoignage, F.H. a dit qu'on lui avait une fois de plus demandé d'aller dans les toilettes des surveillants, d'enlever son pyjama et de se retourner. Encore une fois, le défendeur l'avait empoigné par la taille et l'avait violé. Il avait saigné, mais il ne se souvient pas s'il y avait des taches de sang sur son pyjama.

La quatrième agression est survenue environ un mois après la troisième. Alors que F.H. se préparait à aller au lit, le défendeur l'a saisi par les épaules et l'a emmené à

him upstairs to the supervisors' washroom. Another rape occurred.

([2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. did not tell anyone about the assaults until approximately the year 2000. He and his wife were having marital difficulties. She had learned of his extra-marital affair. He testified that because of the problems in his marriage he felt he had to tell his wife about his childhood experience. At his wife's recommendation, he sought counselling.

[6] F.H. commenced his action against the respondents on December 7, 2000, approximately 31 years after the alleged sexual assaults. In British Columbia there is no limitation period applicable to a cause of action based on sexual assault and the action may be brought at any time (see *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(l)).

II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] F.H.'s action was joined with the action of R.C., another former resident of the school who made similar claims against the same parties. The parties agreed to have a trial on the following discrete issues of fact:

- (1) Was either plaintiff physically or sexually abused while he attended the school?
- (2) If the plaintiff was abused
 - (a) by whom was he abused?
 - (b) when did the abuse occur? and
 - (c) what are the particulars of the abuse?

[8] The trial judge, Gill J., began her reasons by noting that the answer to the questions agreed to by the parties depended on findings as to credibility and reliability. Few issues of law were raised. She referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, in

l'étage supérieur dans les toilettes des surveillants. Un autre viol a été commis.

([2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518)

[5] F.H. n'a révélé les agressions subies que vers l'année 2000. Il vivait à ce moment des difficultés conjugales après que son épouse eut appris son infidélité. Il a témoigné qu'il avait alors ressenti le besoin de confier ce qu'il avait vécu enfant. Sur les conseils de son épouse, il a consulté une thérapeute.

[6] F.H. a intenté son action contre les intimés le 7 décembre 2000, soit environ 31 ans après les agressions sexuelles alléguées. En Colombie-Britannique, aucun délai de prescription ne s'applique à la poursuite pour agression sexuelle, et celle-ci peut être intentée à tout moment (voir la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, al. 3(4)(l)).

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2005] B.C.J. No. 2358 (QL), 2005 BCSC 1518

[7] L'action de F.H. et celle de R.C., un autre ancien pensionnaire ayant formulé des allégations apparentées contre les mêmes parties, ont été réunies. Les parties ont convenu que l'instruction porterait sur les questions de fait suivantes :

[TRADUCTION]

- (1) L'un ou l'autre des demandeurs a-t-il été agressé physiquement ou sexuellement alors qu'il était pensionnaire?
- (2) Dans l'affirmative,
 - a) qui l'a agressé,
 - b) à quel moment et
 - c) dans quelles circonstances?

[8] Après avoir présidé le procès, la juge Gill a d'abord fait remarquer dans ses motifs que la réponse à ces questions dépendait de la crédibilité attribuée aux témoignages. Peu de questions de droit étaient en cause. Elle a cité la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J.

which the court stated that in cases involving serious allegations and grave consequences, the civil standard of proof that is “commensurate with the occasion” applied (para. 4).

[9] The trial judge then went on to review the testimony of each plaintiff, McDougall and others who worked at the school or were former students. McDougall denied the allegations of sexual abuse and testified that he could not recall ever strapping F.H. He also denied ever conducting physical examinations of the boys and gave evidence that boys were not taken into the supervisors’ washroom.

[10] In determining whether F.H. was sexually assaulted, the trial judge dealt with the arguments of the defence that F.H.’s evidence was neither reliable nor credible. Gill J. rejected the defence’s position that F.H.’s inability to respond to certain questions should lead to an adverse conclusion regarding the reliability of his evidence. She found F.H.’s testimony credible while acknowledging that the commission of the assaults in the manner described by F.H. would have carried with it a risk of detection. Gill J. also rejected the contention of defence counsel that F.H.’s motive to lie must weigh heavily against his credibility. Rather she agreed with counsel for F.H. that the circumstances surrounding his disclosure were not suggestive of concoction.

[11] The trial judge pointed out areas of consistency and inconsistency between F.H.’s testimony and that of the other students at the school. She also noted that there were significant discrepancies in the evidence given by F.H. as to the frequency of the abuse. At trial, F.H. said there were four incidents. On previous occasions, he said the abuse occurred every two weeks or ten days. Despite these inconsistencies, the trial judge concluded F.H. was a credible witness and stated that his evidence about “the nature of the assaults, the location and the times they occurred” had been consistent (para. 112). She concluded that F.H. had been sexually abused by McDougall, the sexual assaults

No. 436 (QL), 2002 BCSC 325, établissant que dans un cas d’allégations graves aux conséquences sérieuses, il y avait lieu d’appliquer la norme de preuve civile qui est [TRADUCTION] « proportionnée aux circonstances » (par. 4).

[9] La juge du procès a ensuite considéré le témoignage de chacun des demandeurs, celui de M. McDougall et ceux d’autres personnes ayant travaillé au pensionnat ou y ayant séjourné. M. McDougall a nié les allégations d’agression sexuelle et dit ne pas se rappeler avoir même frappé F.H. une seule fois avec une lanière en cuir. Il a aussi nié avoir jamais procédé à des examens corporels et il a déclaré que les garçons n’étaient pas emmenés dans les toilettes des surveillants.

[10] Pour déterminer si F.H. avait été agressé sexuellement, la juge Gill a soupesé la prétention de la défense selon laquelle le témoignage de F.H. n’était ni fiable ni crédible. Elle a rejeté la thèse voulant que le tribunal doive conclure à la non-fiabilité du témoignage de F.H. en raison de l’incapacité de ce dernier de répondre à certaines questions. Elle a tenu le témoignage de F.H. pour digne de foi tout en reconnaissant que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle a par ailleurs rejeté la prétention de la défense selon laquelle l’intérêt de F.H. à mentir minait grandement sa crédibilité. Elle a plutôt convenu avec le demandeur que les circonstances de la révélation des agressions ne suggéraient pas la fabrication.

[11] La juge a relevé les éléments de concordance et de divergence entre les témoignages de F.H. et ceux des autres pensionnaires. Elle a aussi noté des contradictions importantes dans le témoignage de F.H. sur la fréquence des agressions. Au procès, F.H. avait fait état de quatre agressions, alors qu’il avait dit auparavant qu’elles avaient eu lieu toutes les deux semaines ou tous les dix jours. La juge a néanmoins conclu à sa crédibilité en tant que témoin et à la constance de son témoignage concernant [TRADUCTION] « la nature des agressions ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites » (par. 112). À son avis, il y avait eu agressions sexuelles, M. McDougall ayant sodomisé F.H.

being four incidents of anal intercourse committed during the 1968-69 school year.

[12] In relation to the issue of physical abuse, the trial judge limited herself to deciding whether the plaintiffs had proved that they were strapped while at school. To answer this question, the trial judge reviewed the evidence of McDougall and the testimony of another Brother employed at the school as well as the testimony of several of F.H.'s fellow students. She concluded that strapping was a common form of discipline and that it was not used only in response to serious infractions. She concluded that F.H. was strapped by McDougall an undetermined number of times while at the school.

[13] With respect to the claims made by R.C., the trial judge found that he had not proven that he had been sexually assaulted, but found that he had been strapped by a person other than McDougall.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] The decision of the Court of Appeal was delivered by Rowles J.A., with Southin J.A. concurring. Ryan J.A. dissented.

(1) Reasons of Rowles J.A.

[15] Rowles J.A. concluded that McDougall's appeal from that part of the order finding that he had sexually assaulted F.H. should be allowed; however his appeal from that part of the order finding that he had strapped F.H. should be dismissed.

[16] Rowles J.A. found that it was obvious that the trial judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made, i.e. proof that is "commensurate with the occasion". However, in her view, the trial judge was bound to consider the serious inconsistencies in the evidence of F.H. in determining whether the alleged sexual assaults had been proven to the standard "commensurate with the allegation". She found that the trial judge did

à quatre reprises pendant l'année scolaire 1968-1969.

[12] Pour ce qui est des sévices physiques, la juge du procès s'est seulement demandé si les demandeurs avaient prouvé les coups infligés avec une lanière en cuir pendant leur séjour au pensionnat. Elle a considéré le témoignage de M. McDougall, celui d'un autre frère employé au pensionnat, ainsi que ceux d'autres anciens pensionnaires. Elle a conclu qu'il s'agissait d'un châtiment courant au pensionnat, qu'il n'était pas réservé aux auteurs de manquements graves et que M. McDougall l'avait infligé à F.H. un nombre indéterminé de fois.

[13] En ce qui concerne R.C., la juge du procès a conclu qu'il n'avait pas prouvé les agressions sexuelles alléguées et qu'une autre personne que M. McDougall l'avait frappé avec une lanière en cuir.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2007), 68 B.C.L.R. (4th) 203, 2007 BCCA 212

[14] La décision de la Cour d'appel a été rendue par la juge Rowles, avec l'appui de la juge Southin, la juge Ryan inscrivant sa dissidence.

(1) Motifs de la juge Rowles

[15] La juge Rowles a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel interjeté par M. McDougall quant à la conclusion qu'il avait agressé sexuellement F.H., mais non quant à celle qu'il l'avait frappé avec une lanière en cuir.

[16] Selon elle, la juge du procès connaissait manifestement la jurisprudence sur la norme de preuve applicable dans une affaire d'allégations d'actes moralement répréhensibles, à savoir une norme « proportionnée aux circonstances ». Toutefois, à son avis, elle aurait dû prendre en compte les contradictions importantes du témoignage de F.H. pour déterminer si les agressions sexuelles alléguées avaient été prouvées suivant la norme de preuve « proportionnée à l'allégation ». Elle a conclu que la juge du procès n'avait pas examiné la

not scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law.

[17] In allowing the appeal in respect of the sexual assaults alleged by F.H., Rowles J.A. was of the opinion that in view of the state of the evidence on that issue, no practical purpose would be served by ordering a new trial.

(2) Concurring Reasons of Southin J.A.

[18] In her concurring reasons, Southin J.A. discussed the “troubling aspect” of the case — “how, in a civil case, is the evidence to be evaluated when it is oath against oath, and what is the relationship of the evaluation of the evidence to the burden of proof?” (para. 84).

[19] Southin J.A. held that it was of central importance that the gravity of the allegations be forefront in the trier of fact’s approach to the evidence. It was not enough, in her view, to choose the testimony of the plaintiff over that of the defendant. Instead, “[t]o choose one over the other . . . requires . . . an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff” (para. 106). Moreover, Southin J.A. found that Cory J.’s rejection in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, of the “either/or” approach to evaluating evidence of the Crown and the accused as to the conduct of the accused in criminal cases also applied to civil cases.

[20] In the end, she could not find in the trial judge’s reasons a “legally acceptable articulated reason for accepting the plaintiff’s evidence and rejecting the defendants’ evidence” (para. 112).

(3) Dissenting Reasons of Ryan J.A.

[21] While sharing the concerns of the majority about “the perils of assigning liability in cases where the events have occurred so long ago”, Ryan J.A. disagreed with the conclusion that the trial judge did not apply the proper standard of proof to her assessment of the evidence (para. 115).

preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit.

[17] En accueillant l’appel quant aux agressions sexuelles alléguées, la juge Rowles a estimé qu’il n’était pas utile d’ordonner la tenue d’un nouveau procès étant donné la teneur de la preuve offerte à cet égard.

(2) Motifs concordants de la juge Southin

[18] Dans ses motifs concordants, la juge Southin se penche sur l’[TRADUCTION] « aspect préoccupant » de l’affaire : « dans une instance civile, comment doit-on apprécier la preuve constituée de témoignages opposés et quelle relation doit s’établir entre l’appréciation de la preuve et le fardeau de la preuve? » (par. 84).

[19] Selon la juge Southin, il importait au plus haut point que le juge appelé à apprécier la preuve demeure conscient de la gravité des allégations. Il ne suffisait pas de préférer le témoignage du demandeur à celui du défendeur, car [TRADUCTION] « préférer [ce] témoignage à [l’]autre [. . .] exige [. . .] qu’un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie » (par. 106). De plus, elle a statué que dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, la conclusion du juge Cory selon laquelle il n’y avait pas d’obligation de choisir entre la preuve de la poursuite et celle de l’accusé s’appliquait également en matière civile.

[20] Finalement, elle n’a pas relevé dans les motifs de la juge du procès [TRADUCTION] « de motif convaincant et valable en droit d’ajouter foi au témoignage du demandeur et d’écarter ceux des défendeurs » (par. 112).

(3) Motifs dissidents de la juge Ryan

[21] Même si elle partage les préoccupations des juges majoritaires concernant [TRADUCTION] « le risque d’imputer une responsabilité pour des faits survenus il y a aussi longtemps », la juge Ryan se refuse à conclure que la juge du procès n’a pas appliqué la bonne norme de preuve (par. 115).

[22] Ryan J.A. noted that the trial judge set out the test — a standard of proof commensurate with the occasion — early in her reasons. “Having set out the proper test, we must assume that she properly applied it, unless her reasons demonstrate otherwise” (para. 116).

[23] In the view of Ryan J.A., alleging that the trial judge misapplied the standard of proof to her assessment of the evidence was to say that the trial judge erred in her findings of fact. To overturn the trial judge’s findings of fact, the appellate court must find that the trial judge made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence or drew unreasonable conclusions from it.

[24] Ryan J.A. was of the view that the trial judge had made no such error. The trial judge had acknowledged the most troubling aspect of F.H.’s testimony — that it was not consistent with earlier descriptions of the abuse — and decided that at its core, the testimony was consistent and truthful. The inconsistencies were not overlooked by the trial judge.

[25] Having found no error in the reasons for judgment, Ryan J.A. was of the view that the Court of Appeal should have deferred to the conclusions of the trial judge. Accordingly, she would have dismissed the appeal.

III. Analysis

A. *The Standard of Proof*

(1) Canadian Jurisprudence

[26] Much has been written as judges have attempted to reconcile the tension between the civil standard of proof on a balance of probabilities and cases in which allegations made against a defendant are particularly grave. Such cases include allegations of fraud, professional misconduct, and criminal conduct, particularly sexual assault against minors. As explained by L. R. Rothstein, R. A. Centa and E. Adams, in “Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard

[22] Elle signale qu’au début de ses motifs, la juge du procès énonce le critère applicable, celui de la norme de preuve proportionnée aux circonstances : [TRADUCTION] « une fois le bon critère établi, il faut supposer qu’elle l’a correctement appliqué, à moins que ses motifs n’indiquent le contraire » (par. 116).

[23] Selon elle, prétendre que la juge du procès a mal appliqué la norme aux faits mis en preuve revient à dire qu’elle a tiré des conclusions de fait erronées. Or, pour infirmer des conclusions de fait, une cour d’appel doit constater qu’une erreur manifeste a été commise, qu’un élément de preuve déterminant ou pertinent n’a pas été pris en compte ou que des conclusions déraisonnables ont été tirées de la preuve.

[24] La juge Ryan estime que la juge du procès n’a pas commis de telles erreurs. Cette dernière a reconnu l’aspect le plus préoccupant du témoignage de F.H. — sa divergence avec les descriptions antérieures des agressions — et elle a conclu que, pour l’essentiel, le témoignage était constant et digne de foi. Elle n’a donc pas fait abstraction des contradictions.

[25] À défaut d’erreur entachant les motifs de la décision contestée, la juge Ryan a conclu que la Cour d’appel aurait dû respecter les conclusions de la juge du procès. Elle était donc d’avis de rejeter l’appel.

III. Analyse

A. *La norme de preuve*

(1) La jurisprudence canadienne

[26] Les efforts des tribunaux pour résoudre les difficultés que pose l’application de la norme de preuve civile de la prépondérance des probabilités dans une affaire où les faits reprochés au défendeur sont particulièrement graves — comme la fraude, la faute professionnelle ou le comportement criminel, en particulier l’agression sexuelle d’un mineur — ont suscité de nombreux commentaires. Comme l’expliquent L. R. Rothstein, R. A. Centa et E. Adams dans leur article intitulé « Balancing

of Proof” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 455, at p. 456:

These types of allegations are considered unique because they carry a moral stigma that will continue to have an impact on the individual after the completion of the case.

[27] Courts in British Columbia have tended to follow the approach of Lord Denning in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.). Lord Denning was of the view that within the civil standard of proof on a balance of probabilities “there may be degrees of probability within that standard” (p. 459), depending upon the subject matter. He stated:

It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion. [p. 459]

[28] In the present case the trial judge referred to *H.F. v. Canada (Attorney General)*, at para. 154, in which Neilson J. stated:

The court is justified in imposing a higher degree of probability which is “commensurate with the occasion”:

[29] In the constitutional context, Dickson C.J. adopted the *Bater* approach in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In his view a “very high degree of probability” required that the evidence be cogent and persuasive and make clear the consequences of the decision one way or the other. He wrote at p. 138:

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, “commensurate with the occasion”. Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

Probabilities : The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 455, p. 456 :

[TRADUCTION] Les allégations de cette nature sont jugées uniques parce qu’elles continuent de frapper l’intéressé d’un opprobre moral même après le dénouement de l’instance.

[27] Les tribunaux de la Colombie-Britannique se sont généralement rangés à l’avis exprimé par lord Denning dans l’arrêt *Bater c. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à savoir que la norme civile de la prépondérance des probabilités [TRADUCTION] « peut comporter des degrés de probabilité » (p. 459), selon l’objet du litige. Voici ce qu’il a dit :

[TRADUCTION] [Une cour civile] n’adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu’elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances. [p. 459]

[28] En l’espèce, la juge du procès a cité les propos suivants de la juge Neilson dans la décision *H.F. c. Canada (Attorney General)*, par. 154 :

[TRADUCTION] La cour est justifiée d’exiger un degré de probabilité plus élevé qui soit « proportionné aux circonstances » :

[29] Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur une question d’ordre constitutionnel, le juge en chef Dickson s’est rallié à l’approche formulée dans l’arrêt *Bater*. À son avis, un « degré très élevé de probabilité » exigeait que la preuve soit forte et persuasive et qu’elle fasse ressortir nettement les conséquences de la décision quelle qu’elle soit (p. 138) :

Compte tenu du fait que l’article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l’expression de lord Denning, « proportionné aux circonstances ». Lorsqu’une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d’une analyse en vertu de l’article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d’une décision d’imposer ou de ne pas imposer la restriction.

[30] However, a “shifting standard” of probability has not been universally accepted. In *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, Laskin C.J. rejected a “shifting standard”. Rather, to take account of the seriousness of the allegation, he was of the view that a trial judge should scrutinize the evidence with “greater care”. At pp. 169-71 he stated:

Where there is an allegation of conduct that is morally blameworthy or that could have a criminal or penal aspect and the allegation is made in civil litigation, the relevant burden of proof remains proof on a balance of probabilities. . . .

. . . There is necessarily a matter of judgment involved in weighing evidence that goes to the burden of proof, and a trial judge is justified in scrutinizing evidence with greater care if there are serious allegations to be established by the proof that is offered. . . .

I do not regard such an approach (the *Bater* approach) as a departure from a standard of proof based on a balance of probabilities nor as supporting a shifting standard. The question in all civil cases is what evidence with what weight that is accorded to it will move the court to conclude that proof on a balance of probabilities has been established.

[31] In Ontario Professional Discipline cases, the balance of probabilities requires that proof be “clear and convincing and based upon cogent evidence” (see *Heath v. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 53).

(2) Recent United Kingdom Jurisprudence

[32] In the United Kingdom some decisions have indicated that depending upon the seriousness of the matters involved, even in civil cases, the criminal standard of proof should apply. In *R (McCann) v. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, Lord Steyn said at para. 37:

. . . I agree that, given the seriousness of matters involved, at least some reference to the heightened civil

[30] Une « norme variable » de probabilité n’a toutefois pas fait l’unanimité. Dans l’arrêt *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, le juge en chef Laskin l’a en effet écartée. À son avis, pour tenir compte de la gravité de l’allégation, le juge du procès devait plutôt examiner la preuve « plus attentivement » (p. 169-171) :

Chaque fois qu’il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l’allégation se présente dans le cadre d’un litige civil, le fardeau de la preuve qui s’applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités. . . .

. . . L’appréciation des éléments de preuve se rapportant au fardeau de la preuve implique nécessairement une question de jugement, et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si la preuve offerte doit établir des allégations sérieuses. . . .

Je n’estime pas que ce point de vue [celui de l’arrêt *Bater*] s’écarte du principe d’une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités ni qu’il appuie une norme variable. La question dans toutes les affaires civiles est de savoir quelle preuve il faut apporter et quel poids lui accorder pour que la cour conclue qu’on a fait la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

[31] Suivant les décisions ontariennes rendues en matière de discipline professionnelle, la norme de la prépondérance des probabilités exige que la preuve soit [TRADUCTION] « claire et persuasive et qu’elle se fonde sur des éléments solides » (voir *Heath c. College of Physicians & Surgeons (Ontario)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 304 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 53).

(2) La jurisprudence britannique récente

[32] Au Royaume-Uni, il appert de certaines décisions que, selon la gravité des questions en jeu, la norme de preuve pénale s’applique même dans une affaire civile. Dans l’arrêt *R (McCann) c. Crown Court at Manchester*, [2003] 1 A.C. 787, [2002] UKHL 39, lord Steyn s’exprime comme suit au par. 37 :

[TRADUCTION] . . . je conviens qu’en raison de la gravité des questions en jeu, il serait normalement nécessaire

standard would usually be necessary: *In re H (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, per Lord Nicholls of Birkenhead. For essentially practical reasons, the Recorder of Manchester decided to apply the criminal standard. The Court of Appeal said that would usually be the right course to adopt. Lord Bingham of Cornhill has observed that the heightened civil standard and the criminal standard are virtually indistinguishable. I do not disagree with any of these views. But in my view pragmatism dictates that the task of magistrates should be made more straightforward by ruling that they must in all cases under section 1 apply the criminal standard.

[33] Yet another consideration, that of “inherent probability or improbability of an event” was discussed by Lord Nicholls in *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), at p. 586:

... the inherent probability or improbability of an event is itself a matter to be taken into account when weighing the probabilities and deciding whether, on balance, the event occurred. The more improbable the event, the stronger must be the evidence that it did occur before, on the balance of probability, its occurrence will be established.

[34] Most recently in *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, a June 11, 2008 decision, the U.K. House of Lords again canvassed the issue of standard of proof. Subsequent to the hearing of the appeal, Mr. Southey, counsel for the Attorney General of Canada, with no objection from other counsel, brought this case to the attention of the Court.

[35] Lord Hoffmann addressed the “confusion” in the United Kingdom courts over this issue. He stated at para. 5:

Some confusion has however been caused by dicta which suggest that the standard of proof may vary with the gravity of the misconduct alleged or even the seriousness of the consequences for the person concerned. The cases in which such statements have been made fall into three categories. First, there are cases in which the court has for one purpose classified the proceedings as civil (for example, for the purposes of article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) but nevertheless thought that, because of the serious consequences of the

de faire appel, dans une certaine mesure, à la norme de preuve civile plus stricte : *In re H (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)* [1996] AC 563, 586 D-H, lord Nicholls of Birkenhead. Essentiellement pour des raisons d'ordre pratique, le recorder de Manchester a décidé d'appliquer la norme pénale. La Cour d'appel a indiqué que ce choix est opportun dans la plupart des cas. Lord Bingham of Cornhill a fait remarquer que la norme civile plus stricte est presque identique à la norme appliquée au pénal. Je ne rejette aucun de ces points de vue. Mais à mon avis, le pragmatisme commande de faciliter la tâche des tribunaux en leur enjoignant d'appliquer la norme pénale dans toute affaire relative à l'article premier.

[33] Dans l'arrêt *In re H. (Minors) (Sexual Abuse : Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), lord Nicholls aborde un autre aspect, celui de [TRADUCTION] « la probabilité ou [de] l'improbabilité intrinsèque d'un événement » (p. 586) :

[TRADUCTION] ... la probabilité ou l'improbabilité intrinsèque d'un événement est un élément à prendre en compte pour soupeser les probabilités et décider si, tout bien considéré, l'événement a eu lieu. Plus l'événement est improbable, plus la preuve offerte doit être forte pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités.

[34] Plus récemment, dans l'arrêt *In re B (Children)*, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35, rendu le 11 juin 2008, la Chambre des lords s'est de nouveau penchée sur la question de la norme de preuve. Après l'audition du présent pourvoi, l'avocat du procureur général du Canada, M^e Southey, a porté cet arrêt à l'attention de notre Cour sans que les avocats des autres parties ne s'y opposent.

[35] Lord Hoffmann y fait état de la « confusion » qui règne au sein des tribunaux britanniques sur le sujet (par. 5) :

[TRADUCTION] Une certaine confusion a toutefois été créée par des décisions donnant à penser que la norme de preuve peut varier selon la gravité de la faute alléguée, voire celle des conséquences pour l'intéressé. Ces décisions appartiennent à trois catégories. Dans la première, le tribunal qualifie l'affaire de civile à une fin donnée (p. ex., pour l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales), mais il estime néanmoins, vu la gravité des conséquences de l'instance, que la norme de preuve pénale ou l'équivalent devrait s'appliquer. Dans

proceedings, the criminal standard of proof or something like it should be applied. Secondly, there are cases in which it has been observed that when some event is inherently improbable, strong evidence may be needed to persuade a tribunal that it more probably happened than not. Thirdly, there are cases in which judges are simply confused about whether they are talking about the standard of proof or about the role of inherent probabilities in deciding whether the burden of proving a fact to a given standard has been discharged.

[36] The unanimous conclusion of the House of Lords was that there is only one civil standard of proof. At para. 13, Lord Hoffmann states:

I think that the time has come to say, once and for all, that there is only one civil standard of proof and that is proof that the fact in issue more probably occurred than not.

However, Lord Hoffmann did not disapprove of application of the criminal standard depending upon the issue involved. Following his very clear statement that there is only one civil standard of proof, he somewhat enigmatically wrote, still in para. 13:

I do not intend to disapprove any of the cases in what I have called the first category, but I agree with the observation of Lord Steyn in *McCann's* case, at p. 812, that clarity would be greatly enhanced if the courts said simply that although the proceedings were civil, the nature of the particular issue involved made it appropriate to apply the criminal standard.

[37] Lord Hoffmann went on to express the view that taking account of inherent probabilities was not a rule of law. At para. 15 he stated:

I wish to lay some stress upon the words I have italicised [“to whatever extent is appropriate in the particular case”]. Lord Nicholls [*In re H*] was not laying down any rule of law. There is only one rule of law, namely that the occurrence of the fact in issue must be proved to have been more probable than not. Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

[38] *In re B* is a child case under the United Kingdom *Children Act 1989*. While her comments on standard of proof are confined to the 1989 Act, Baroness Hale explained that neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the

la deuxième catégorie, le tribunal opine que lorsqu'un événement est intrinsèquement improbable, de solides éléments de preuve peuvent être nécessaires pour le convaincre qu'il est plus probable que l'événement se soit produit que le contraire. Dans la troisième catégorie, le juge confond simplement la norme de preuve et le rôle de la probabilité intrinsèque pour décider si une partie s'est acquittée ou non du fardeau de la preuve au regard de la norme applicable.

[36] La Chambre des lords a conclu à l'unanimité à l'existence d'une seule norme de preuve en matière civile. Lord Hoffmann dit au par. 13 :

[TRADUCTION] Je pense que le temps est venu d'affirmer une fois pour toutes qu'il n'y a en matière civile qu'une seule norme de preuve : il doit être plus probable que le fait allégué s'est produit que le contraire.

Or, lord Hoffmann n'a pas désapprouvé l'application de la norme pénale selon la question en jeu. Après avoir très clairement énoncé qu'une seule norme de preuve s'appliquait en matière civile, il poursuit au par. 13 en tenant des propos plutôt énigmatiques :

[TRADUCTION] Je n'entends pas désapprouver l'une ou l'autre des décisions comprises dans la première catégorie, mais je conviens avec lord Steyn dans *McCann's*, p. 812 que ce serait beaucoup plus clair si les tribunaux disaient simplement que, même s'il s'agit d'une instance civile, vu la nature de la question en jeu, il est indiqué d'appliquer la norme pénale.

[37] Lord Hoffmann ajoute que la prise en compte de la probabilité intrinsèque ne constitue pas une règle de droit (par. 15) :

[TRADUCTION] J'insiste sur les mots que j'ai mis en italiques [« dans la mesure où cela est indiqué dans les circonstances »]. Lord Nicholls [dans *In re H*] n'a pas énoncé une règle de droit. Il n'existe qu'une seule règle de droit : il faut prouver qu'il est plus probable que le fait a eu lieu que le contraire. Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

[38] L'arrêt *In re B* a été rendu sous le régime de la *Children Act 1989* du Royaume-Uni. Bien que ses observations sur la norme de preuve applicable ne valent que pour cette loi, la baronne Hale explique que ni la gravité de l'allégation ni celle

consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. At paras. 70-72, she stated:

My Lords, for that reason I would go further and announce loud and clear that the standard of proof in finding the facts necessary to establish the threshold under section 31(2) or the welfare considerations in section I of the 1989 Act is the simple balance of probabilities, neither more nor less. Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies.

As to the seriousness of the consequences, they are serious either way. A child may find her relationship with her family seriously disrupted; or she may find herself still at risk of suffering serious harm. A parent may find his relationship with his child seriously disrupted; or he may find himself still at liberty to maltreat this or other children in the future.

As to the seriousness of the allegation, there is no logical or necessary connection between seriousness and probability. Some seriously harmful behaviour, such as murder, is sufficiently rare to be inherently improbable in most circumstances. Even then there are circumstances, such as a body with its throat cut and no weapon to hand, where it is not at all improbable. Other seriously harmful behaviour, such as alcohol or drug abuse, is regrettably all too common and not at all improbable.

(3) Summary of Various Approaches

[39] I summarize the various approaches in civil cases where criminal or morally blameworthy conduct is alleged as I understand them:

- (1) The criminal standard of proof applies in civil cases depending upon the seriousness of the allegation;
- (2) An intermediate standard of proof between the civil standard and the criminal standard commensurate with the occasion applies to civil cases;
- (3) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the evidence must be scrutinized with greater care where the allegation is serious;

des conséquences possibles ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. Voici ce qu'elle dit aux par. 70-72 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, pour cette raison, j'irais plus loin et je clamerais haut et fort que la norme de preuve applicable pour établir les faits nécessaires au respect du critère du par. 31(2) ou à l'application des considérations liées au bien-être de l'article premier de la loi de 1989 est simplement la prépondérance des probabilités, ni plus ni moins. Ni la gravité de l'allégation, ni celle des conséquences ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. La probabilité intrinsèque ne doit être prise en compte, s'il y a lieu, que pour découvrir la vérité.

Pour ce qui est des conséquences, elles sont toujours sérieuses quelle que soit l'issue de l'instance. L'enfant peut voir sa relation avec sa famille sérieusement compromise ou s'exposer encore à un préjudice important. À l'inverse, le père ou la mère peut voir sa relation avec l'enfant sérieusement compromise ou avoir encore la possibilité de maltraiter cet enfant ou un autre.

Pour ce qui est de la gravité de l'allégation, il n'y a pas de lien logique ou nécessaire entre gravité et probabilité. Le comportement gravement préjudiciable — comme le meurtre — est suffisamment rare pour être la plupart du temps intrinsèquement improbable. Malgré cela, lorsque, par exemple, on découvre un corps à la gorge tranchée, mais aucune arme à proximité, le meurtre est loin d'être improbable. D'autres comportements gravement préjudiciables, comme l'alcoolisme ou la toxicomanie, sont malheureusement trop répandus et loin d'être improbables.

(3) Résumé des différentes approches

[39] Voici en résumé quelles sont selon moi les différentes approches possibles dans une affaire civile où un comportement criminel ou moralement répréhensible est allégué :

- (1) La norme de preuve pénale s'applique selon la gravité de l'allégation.
- (2) Une norme de preuve intermédiaire se situant entre la civile et la pénale, proportionnée aux circonstances, s'applique.
- (3) Lorsque l'allégation est grave, la norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit faire l'objet d'un examen plus attentif.

- (4) No heightened standard of proof applies in civil cases, but evidence must be clear, convincing and cogent; and
- (5) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the more improbable the event, the stronger the evidence is needed to meet the balance of probabilities test.

(4) The Approach Canadian Courts Should Now Adopt

[40] Like the House of Lords, I think it is time to say, once and for all in Canada, that there is only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities. Of course, context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences. However, these considerations do not change the standard of proof. I am of the respectful opinion that the alternatives I have listed above should be rejected for the reasons that follow.

[41] Since *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at pp. 158-64, it has been clear that the criminal standard is not to be applied to civil cases in Canada. The criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is linked to the presumption of innocence in criminal trials. The burden of proof always remains with the prosecution. As explained by Cory J. in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27:

First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit. If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt

- (4) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit être claire et convaincante.

- (5) La norme de preuve n'est pas plus stricte, mais plus l'événement est improbable, plus la preuve doit être solide pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités.

- (4) L'approche qui devrait désormais être celle des cours de justice canadiennes

[40] Comme l'a fait la Chambre des lords, notre Cour devrait selon moi affirmer une fois pour toutes qu'il n'existe au Canada, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Le contexte constitue évidemment un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences. Toutefois, ces considérations ne modifient en rien la norme de preuve. À mon humble avis, pour les motifs qui suivent, il faut écarter les approches énumérées précédemment.

[41] L'arrêt *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, p. 158-164, a clairement établi que la norme pénale ne s'applique pas en matière civile au Canada. La preuve hors de tout doute raisonnable exigée en matière criminelle est liée à la présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé dans un procès pénal. Le fardeau de la preuve incombe toujours à la poursuite. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27 :

Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a une importance vitale puisqu'elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux : la présomption d'innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l'un à l'autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. Si la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut

that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

[42] By contrast, in civil cases, there is no presumption of innocence. As explained by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 154:

Since society is indifferent to whether the plaintiff or the defendant wins a particular civil suit, it is unnecessary to protect against an erroneous result by requiring a standard of proof higher than a balance of probabilities.

It is true that there may be serious consequences to a finding of liability in a civil case that continue past the end of the case. However, the civil case does not involve the government's power to penalize or take away the liberty of the individual.

[43] An intermediate standard of proof presents practical problems. As expressed by Rothstein, Centa and Adams, at pp. 466-67:

As well, suggesting that the standard of proof is "higher" than the "mere balance of probabilities" inevitably leads one to inquire: what percentage of probability must be met? This is unhelpful because while the concept of "51 percent probability," or "more likely than not" can be understood by decisionmakers, the concept of 60 percent or 70 percent probability cannot.

[44] Put another way, it would seem incongruous for a judge to conclude that it was more likely than not that an event occurred, but not sufficiently likely to some unspecified standard and therefore that it did not occur. As Lord Hoffmann explained in *In re B* at para. 2:

If a legal rule requires a fact to be proved (a "fact in issue"), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values are zero and one. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other

rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé.

[42] À l'opposé, dans une affaire civile, nulle présomption d'innocence ne s'applique. L'explication en est donnée dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 154 :

[TRADUCTION] Comme il importe peu à la société que le demandeur ou le défendeur ait gain de cause dans une instance civile, il n'y a pas lieu de prévenir un jugement erroné en appliquant une norme de preuve plus stricte que celle de la prépondérance des probabilités.

Il est vrai qu'une conclusion de responsabilité tirée dans une affaire civile peut avoir des conséquences sérieuses qui continuent de se faire sentir après l'instance. Mais il demeure qu'une affaire civile ne fait pas intervenir le pouvoir de l'État de punir une personne ou de la priver de sa liberté.

[43] Le recours à une norme de preuve intermédiaire présente des difficultés d'ordre pratique. Comme le disent Rothstein, Centa et Adams (p. 466-467) :

[TRADUCTION] De même, laisser entendre que la norme de preuve applicable est « plus stricte » que la « simple prépondérance des probabilités » soulève nécessairement la question du pourcentage de probabilité à établir? Ce qui n'est d'aucune utilité, car le décideur pourra se représenter une probabilité de « 51 p. 100 » ou une « probabilité plus grande », mais non une probabilité de 60 p. 100 ou de 70 p. 100.

[44] Autrement dit, il semblerait incongru qu'un juge conclue qu'il est probable, mais pas assez probable suivant une norme non précisée, qu'un événement ait eu lieu et, par conséquent, que cet événement ne s'est pas produit. Comme l'explique lord Hoffmann dans l'arrêt *In re B*, par. 2 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une règle de droit exige la preuve d'un fait (le « fait en litige »), le juge ou le jury doit déterminer si le fait s'est ou non produit. Il ne saurait conclure qu'il a pu se produire. Le droit est un système binaire, les seules valeurs possibles étant zéro et un. Ou bien le fait s'est produit, ou bien il ne s'est pas produit. Lorsqu'un doute subsiste, la règle selon laquelle

carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of zero is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of one is returned and the fact is treated as having happened.

In my view, the only practical way in which to reach a factual conclusion in a civil case is to decide whether it is more likely than not that the event occurred.

[45] To suggest that depending upon the seriousness, the evidence in the civil case must be scrutinized with greater care implies that in less serious cases the evidence need not be scrutinized with such care. I think it is inappropriate to say that there are legally recognized different levels of scrutiny of the evidence depending upon the seriousness of the case. There is only one legal rule and that is that in all cases, evidence must be scrutinized with care by the trial judge.

[46] Similarly, evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent to satisfy the balance of probabilities test. But again, there is no objective standard to measure sufficiency. In serious cases, like the present, judges may be faced with evidence of events that are alleged to have occurred many years before, where there is little other evidence than that of the plaintiff and defendant. As difficult as the task may be, the judge must make a decision. If a responsible judge finds for the plaintiff, it must be accepted that the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test.

[47] Finally there may be cases in which there is an inherent improbability that an event occurred. Inherent improbability will always depend upon the circumstances. As Baroness Hale stated in *In re B*, at para. 72:

Consider the famous example of the animal seen in Regent's Park. If it is seen outside the zoo on a stretch of greensward regularly used for walking dogs, then of course it is more likely to be a dog than a lion. If it is

le fardeau de la preuve incombe à l'une ou l'autre des parties permet de trancher. Lorsque la partie à laquelle incombe la preuve ne s'acquitte pas de son obligation, la valeur est de zéro et le fait est réputé ne pas avoir eu lieu. Lorsqu'elle s'en acquitte, la valeur est de un, et le fait est réputé s'être produit.

À mon avis, la seule façon possible d'arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l'événement a eu lieu.

[45] Laisser entendre que lorsqu'une allégation formulée dans une affaire civile est grave, la preuve offerte doit être examinée plus attentivement suppose que l'examen peut être moins rigoureux dans le cas d'une allégation moins grave. Je crois qu'il est erroné de dire que notre régime juridique admet différents degrés d'examen de la preuve selon la gravité de l'affaire. Il n'existe qu'une seule règle de droit : le juge du procès doit examiner la preuve attentivement.

[46] De même, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Mais, je le répète, aucune norme objective ne permet de déterminer qu'elle l'est suffisamment. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, le juge peut être appelé à apprécier la preuve de faits qui se seraient produits de nombreuses années auparavant, une preuve constituée essentiellement des témoignages du demandeur et du défendeur. Aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, il faut tenir pour acquis que la preuve était à ses yeux suffisamment claire et convaincante pour conclure au respect du critère de la prépondérance des probabilités.

[47] Enfin, il peut arriver que le fait soit intrinsèquement improbable. L'improbabilité intrinsèque dépend toujours des circonstances. Comme le dit la baronne Hale dans l'arrêt *In re B*, par. 72 :

[TRADUCTION] Prenons l'exemple bien connu de l'animal aperçu dans Regent's Park. S'il est vu à l'extérieur du zoo, dans un lieu où l'on promène habituellement son chien, alors il est plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un

seen in the zoo next to the lions' enclosure when the door is open, then it may well be more likely to be a lion than a dog.

[48] Some alleged events may be highly improbable. Others less so. There can be no rule as to when and to what extent inherent improbability must be taken into account by a trial judge. As Lord Hoffmann observed at para. 15 of *In re B*:

Common sense, not law, requires that in deciding this question, regard should be had, to whatever extent appropriate, to inherent probabilities.

It will be for the trial judge to decide to what extent, if any, the circumstances suggest that an allegation is inherently improbable and where appropriate, that may be taken into account in the assessment of whether the evidence establishes that it is more likely than not that the event occurred. However, there can be no rule of law imposing such a formula.

(5) Conclusion on Standard of Proof

[49] In the result, I would reaffirm that in civil cases there is only one standard of proof and that is proof on a balance of probabilities. In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred.

[50] I turn now to the issues particular to this case.

B. *The Concerns of the Court of Appeal Respecting Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[51] The level of scrutiny required in cases of sexual assault was central to the analysis of the Court of Appeal. According to Rowles J.A. at para. 72, one of the issues was “whether the trial judge, in light of the standard of proof that had to be applied in a case such as this, failed to consider

chien que d'un lion. S'il est vu à l'intérieur du zoo, près de l'enclos des lions, dont la porte est ouverte, il se peut fort bien qu'il soit plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un lion que d'un chien.

[48] Un fait allégué peut être très improbable, un autre moins. Il ne saurait y avoir de règle permettant de déterminer dans quelles circonstances et jusqu'à quel point le juge du procès doit tenir compte de l'improbabilité intrinsèque. Dans l'arrêt *In re B*, lord Hoffmann fait remarquer ce qui suit (par. 15) :

[TRADUCTION] Le sens commun — et non le droit — exige, pour trancher à cet égard, qu'on tienne compte, dans la mesure où cela est indiqué, de la probabilité intrinsèque.

Il revient au juge du procès de décider dans quelle mesure, le cas échéant, les circonstances donnent à penser que le fait allégué est intrinsèquement improbable et, s'il l'estime indiqué, il peut en tenir compte pour déterminer si la preuve établit que, selon toute vraisemblance, l'événement s'est produit. Or, aucune règle de droit ne saurait le lui imposer.

(5) Conclusion sur la norme de preuve

[49] En conséquence, je suis d'avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu.

[50] Je passe maintenant aux questions particulières que soulève le présent pourvoi.

B. *Les préoccupations de la Cour d'appel concernant les contradictions relevées dans le témoignage de F.H.*

[51] La rigueur de l'examen qui s'impose dans une affaire d'agression sexuelle est au cœur de l'analyse de la Cour d'appel. Selon la juge Rowles, celle-ci devait notamment déterminer [TRADUCTION] « si la juge du procès, compte tenu de la norme de preuve applicable dans une affaire de cette nature,

the problems or troublesome aspects of [F.H.]’s evidence”. The “troublesome aspects” of F.H.’s evidence related to, amongst others, inconsistencies as to the frequency of the alleged sexual assaults as between F.H.’s evidence on discovery and at trial, as well as to an inconsistency between the original statement of claim alleging attempted anal intercourse and the evidence given at trial of actual penetration.

[52] In the absence of support from the surrounding circumstances, when considering the evidence of F.H. on its own, the majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge had failed to consider whether the facts had been proven “to the standard commensurate with the allegation” and had failed to “scrutinize the evidence in the manner required and thereby erred in law” (para. 79).

[53] As I have explained, there is only one civil standard of proof — proof on a balance of probabilities. Although understandable in view of the state of the jurisprudence at the time of its decision, the Court of Appeal was in error in holding the trial judge to a higher standard. While that conclusion is sufficient to decide this appeal, nonetheless, I think it is important for future guidance to make some further comments on the approach of the majority of the Court of Appeal.

[54] Rowles J.A. was correct that failure by a trial judge to apply the correct standard of proof in assessing evidence would constitute an error of law. The question is how such failure may be apparent in the reasons of a trial judge. Obviously in the remote example of a trial judge expressly stating an incorrect standard of proof, it will be presumed that the incorrect standard was applied. Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied:

Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out.

(*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, *per* McLachlin J. (as she then was))

a omis de prendre en compte les lacunes du témoignage de [F.H.] ou ses aspects préoccupants » (par. 72). Ces « aspects préoccupants » englobaient les déclarations contradictoires de F.H. à l’interrogatoire préalable et au procès concernant la fréquence des agressions sexuelles alléguées, de même que la divergence entre l’allégation initiale de tentative de relation anale et l’affirmation au procès qu’il y avait eu pénétration.

[52] Vu l’absence d’un élément circonstanciel étayant le témoignage de F.H., les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que la juge du procès avait omis de se demander si les faits avaient été prouvés [TRADUCTION] « selon la norme proportionnée à l’allégation » et qu’elle n’avait pas « examiné la preuve aussi attentivement qu’elle l’aurait dû, d’où l’erreur de droit » (par. 79).

[53] Je le répète, une seule norme de preuve s’applique en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Bien que la jurisprudence du moment puisse expliquer sa décision, la Cour d’appel a statué à tort que la juge du procès aurait dû appliquer une norme plus stricte. Cette conclusion suffit pour statuer sur le présent pourvoi, mais j’estime important pour l’avenir de faire quelques observations supplémentaires sur le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d’appel.

[54] La juge Rowles a eu raison de conclure que l’omission d’un juge de première instance d’appliquer la bonne norme de preuve constitue une erreur de droit. La question est de savoir dans quelle mesure une telle omission peut ressortir des motifs du juge. Évidemment, dans le cas improbable où le juge du procès formule expressément une norme de preuve incorrecte, il est présumé l’avoir appliquée. Lorsqu’il énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne :

Les juges du procès sont censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours.

(*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef))

Whether the correct standard was expressly stated or not, the presumption of correct application will apply unless it can be demonstrated by the analysis conducted that the incorrect standard was applied. However, in determining whether the correct standard has indeed been applied, an appellate court must take care not to substitute its own view of the facts for that of the trial judge.

[55] An appellate court is only permitted to interfere with factual findings when “the trial judge [has] shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 4 (emphasis deleted), *per* Fish J.). Rowles J.A. correctly acknowledged as much (para. 27). She also recognized that where there is some evidence to support an inference drawn by the trial judge, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. Indeed, she quoted the now well-known words to this effect in the judgment of Iacobucci and Major JJ. in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 27 of her reasons (para. 22 of *Housen*).

[56] Rowles J.A. was satisfied that the trial judge was aware of the standard of proof that had heretofore been applied in cases of moral blameworthiness. At para. 35 of her reasons she stated:

From her reasons it is obvious that the judge was aware of the case authorities that have considered the standard of proof to be applied in cases where allegations of morally blameworthy conduct have been made.

That should have satisfied the Court of Appeal that the trial judge understood and applied the standard of proof they thought to be applicable to this case.

C. *The Inconsistency in the Evidence of F.H.*

[57] At para. 5 of her reasons, the trial judge had regard for the judgment of Rowles J.A. in *R. v. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, at paras. 28-29, dealing with the reliability and credibility of witnesses in the case of inconsistencies and an absence of

Que la norme applicable ait été précisée ou non, on présume qu'elle a été appliquée, sauf lorsque l'analyse révèle le contraire. Toutefois, lorsqu'elle détermine si la bonne norme a effectivement été appliquée, la cour d'appel doit prendre garde de ne pas substituer son interprétation des faits à celle du juge du procès.

[55] La cour d'appel ne peut infirmer une conclusion de fait que « lorsqu'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 4 (soulignement omis), le juge Fish). La juge Rowles le reconnaît à juste titre (par. 27). Elle ajoute que lorsque le juge du procès s'appuie sur quelque élément de preuve pour tirer une conclusion, la cour d'appel peut difficilement conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. D'ailleurs, toujours au par. 27, elle renvoie à l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 22, et aux propos maintes fois cités depuis qu'y tiennent à ce sujet les juges Iacobucci et Major.

[56] La juge Rowles était convaincue que la juge du procès savait quelle norme de preuve avait été appliquée jusqu'alors aux allégations d'actes moralement répréhensibles. Elle dit au par. 35 :

[TRADUCTION] Il appert de ses motifs que la juge était au fait de la jurisprudence sur la norme de preuve applicable à des allégations d'actes moralement répréhensibles.

Cela aurait dû convaincre la Cour d'appel que la juge du procès avait compris et appliqué la norme de preuve qu'elles tenaient pour applicable en l'espèce.

C. *Les contradictions du témoignage de F.H.*

[57] Au paragraphe 5 de ses motifs, la juge du procès tient compte du jugement de la juge Rowles dans l'affaire *R. c. R.W.B.* (1993), 24 B.C.A.C. 1, par. 28-29, portant sur la crédibilité d'un témoignage qui est entaché de contradictions et que la

supporting evidence. Although *R.W.B.* was a criminal case, I, like the trial judge, think the words of Rowles J.A. are apt for the purposes of this case:

In this case there were a number of inconsistencies in the complainant's own evidence and a number of inconsistencies between the complainant's evidence and the testimony of other witnesses. While it is true that minor inconsistencies may not diminish the credibility of a witness unduly, a series of inconsistencies may become quite significant and cause the trier of fact to have a reasonable doubt about the reliability of the witness' evidence. There is no rule as to when, in the face of inconsistency, such doubt may arise but at the least the trier of fact should look to the totality of the inconsistencies in order to assess whether the witness' evidence is reliable. This is particularly so when there is no supporting evidence on the central issue, which was the case here. [para. 29]

[58] As Rowles J.A. found in the context of the criminal standard of proof, where proof is on a balance of probabilities there is likewise no rule as to when inconsistencies in the evidence of a plaintiff will cause a trial judge to conclude that the plaintiff's evidence is not credible or reliable. The trial judge should not consider the plaintiff's evidence in isolation, but must look at the totality of the evidence to assess the impact of the inconsistencies in that evidence on questions of credibility and reliability pertaining to the core issue in the case.

[59] It is apparent from her reasons that the trial judge recognized the obligation upon her to have regard for the inconsistencies in the evidence of F.H. and to consider them in light of the totality of the evidence to the extent that was possible. While she did not deal with every inconsistency, as she explained at para. 100, she did address in a general way the arguments put forward by the defence.

[60] The trial judge specifically dealt with some of what the Court of Appeal identified as the troublesome aspects of F.H.'s evidence. For example, Rowles J.A. stated at para. 77 that F.H.'s evidence with respect to inspections in the supervisors' washroom was not consistent with the testimony of other witnesses:

preuve n'étaye pas par ailleurs. Même si la juge Rowles se prononçait dans le contexte pénal, à l'instar de la juge du procès, j'estime que ses remarques sont pertinentes dans le cas présent :

[TRADUCTION] En l'espèce, il existait un certain nombre de contradictions dans le témoignage de la plaignante de même qu'entre son témoignage et celui d'autres témoins. Bien que de légères contradictions n'entachent pas indûment la crédibilité d'un témoin, une suite de contradictions peut constituer un facteur non négligeable et semer un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la crédibilité du témoignage. Aucune règle ne permet de déterminer dans quels cas des contradictions susciteront un tel doute, mais le juge des faits doit à tout le moins les examiner dans leur ensemble pour déterminer si le témoignage en question est digne de foi. C'est particulièrement vrai en l'absence de corroboration sur la principale question en litige, comme c'était le cas en l'espèce. [par. 29]

[58] Comme l'a estimé la juge Rowles à l'égard de la norme de preuve pénale, lorsque la norme applicable est la prépondérance des probabilités, il n'y a pas non plus de règle quant aux circonstances dans lesquelles les contradictions relevées dans le témoignage du demandeur amèneront le juge du procès à conclure que le témoignage n'est pas crédible ou digne de foi. En première instance, le juge ne doit pas considérer le témoignage du demandeur en vase clos. Il doit plutôt examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer l'incidence des contradictions sur les questions de crédibilité touchant au cœur du litige.

[59] Il appert de ses motifs que la juge du procès a reconnu son obligation de tenir compte des contradictions du témoignage de F.H. et de les confronter avec l'ensemble de la preuve dans la mesure du possible. Bien qu'elle n'ait pas considéré chacune des contradictions, elle a examiné de façon générale les arguments de la défense, ce qu'elle explique au par. 100.

[60] La juge du procès se penche expressément sur certains aspects du témoignage de F.H. tenus pour préoccupants par la Cour d'appel. À titre d'exemple, la juge Rowles dit au par. 77 que le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants contredisait celui d'autres témoins :

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to the respondent's recollection of events. In fact, the defence evidence was to the opposite effect, that is, the boys did not line up outside the staff washroom for any reason or at any time.

[61] However, Gill J. dealt with the washroom inspections as well as the inconsistent recollection of the witnesses regarding these inspections. She also made a finding of fact that inspections were performed and were routine at the school. At para. 106 of her reasons she stated:

It was argued that the evidence of F.H. was not consistent with the evidence of others. No inspections were done in the supervisors' washroom or in the way that F.H. described. I agree that no other witness described inspections being done in the supervisors' washroom. However, evidence about inspections was given by defence witnesses. I have already referred to the evidence of Mr. Paul. I accept that inspections were done in the manner he described. The boys were sometimes inspected on shower days and supervisors regularly checked to ensure that they had washed themselves thoroughly. Admittedly, Mr. Paul did not say that the defendant had conducted such examinations, but he described the inspections as a routine of the school. In fact, Mr. Paul's evidence is not consistent with the evidence of the defendant, who stated that the only examination of the boys was for head lice and it was done by the nurse.

[62] In this passage of her reasons, the trial judge dealt with the inconsistency between the evidence of F.H. and other witnesses. She also considered McDougall's testimony in light of other evidence given by witnesses for the defence. From the evidence of Mr. Paul she concluded that examinations were routinely carried out. She found that Mr. Paul's evidence about examinations was not consistent with that of McDougall who had testified that examinations were only for head lice and were carried out by the nurse. The necessary inference is that she found McDougall not to be credible on this issue.

[63] The majority of the Court of Appeal was also concerned with the testimony of F.H., that each time he was sexually assaulted by McDougall,

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de l'intimé. En fait, la preuve offerte par la défense établissait le contraire, c'est-à-dire que les garçons n'avaient jamais fait la file à l'extérieur des toilettes des surveillants pour quelque raison que ce soit.

[61] Or, la juge Gill traite des inspections dans les toilettes et du fait que les souvenirs des témoins à leur sujet sont contradictoires. Elle tire aussi la conclusion de fait que des inspections avaient lieu périodiquement au pensionnat. Voici ce qu'elle dit au par. 106 :

[TRADUCTION] On a soutenu que le témoignage de F.H. ne concordait pas avec celui d'autres témoins. Aucune inspection n'avait lieu dans les toilettes des surveillants ou de la façon indiquée par F.H. Je conviens qu'aucun autre témoin n'a fait état d'inspections effectuées dans les toilettes des surveillants; toutefois, des témoins de la défense ont confirmé l'existence d'inspections. J'ai déjà fait référence au témoignage de M. Paul. Je conclus que des inspections ont été effectuées de la manière qu'il a décrite. Les garçons subissaient parfois un examen le jour de la douche et les surveillants s'assuraient régulièrement que les garçons s'étaient bien lavés. Certes, M. Paul n'a pas affirmé que le défendeur avait effectué de tels examens, mais il a dit que ceux-ci étaient courants. En fait, le témoignage de M. Paul ne corrobore pas celui du défendeur selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière.

[62] Dans ce passage de ses motifs, la juge du procès relève la divergence entre le témoignage de F.H. et ceux des autres témoins. Elle examine aussi le témoignage de M. McDougall à la lumière de ceux des autres témoins de la défense. Elle conclut du témoignage de M. Paul que des inspections avaient lieu couramment. Elle constate que son témoignage n'est pas compatible avec celui de M. McDougall selon lequel les inspections visaient seulement la détection de poux et relevaient de l'infirmière. Il s'ensuit nécessairement qu'à son avis, le témoignage de M. McDougall n'était pas digne de foi sur ce point.

[63] Les juges majoritaires de la Cour d'appel se disent également préoccupées par le témoignage de F.H. selon lequel chaque fois qu'il avait été agressé

he would go upstairs from his dorm to the supervisors' washroom. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. stated:

However, [F.H.] was a junior boy rather than an intermediate one at the relevant time and his dorm would have been on the top floor. Based on the evidence of where the boys slept, [McDougall] could not have taken [F.H.] "upstairs" from his dorm.

Counsel for F.H. points out that in his evidence at trial, F.H. testified that he was an intermediate boy when the sexual assaults occurred and that as an intermediate boy he would have to go upstairs to the supervisors' washroom. Although there was contradictory evidence, there was evidence upon which F.H. could have been believed.

[64] It is true that Gill J. did not deal with F.H.'s inconsistency as to the frequency of the inspections inside the supervisors' washroom as identified by Rowles J.A. at para. 75:

The respondent also told Ms. Stone that the young boys regularly lined up outside the staff washroom, which they referred to as the "examination room", every second week in order to be examined. At trial he testified this lining up only happened the first time he was sexually assaulted. Again, this is a substantial change in the respondent's recounting of events.

Nor did Gill J. specifically address the change in the allegations of attempted anal intercourse and genital fondling in the original statement of claim and the evidence of F.H. at trial of actual penetration. Rowles J.A. stated at para. 76:

The respondent's original statement of claim only alleged attempted anal intercourse and genital fondling. There was no allegation about the appellant actually inserting his finger in F.H.'s anus or having forced anal intercourse. The respondent's evidence at trial was of actual penetration. As the trial judge found, the respondent acknowledged that he had reviewed the statement of claim, including the paragraphs which particularized the alleged assaults, and that he was aware of the difference between actually doing something and attempting to do something.

sexuellement par M. McDougall, il s'était rendu aux toilettes des surveillants situées à l'étage supérieur de son dortoir. La juge Rowles dit ce qui suit au par. 77 :

[TRADUCTION] Or, [F.H.] faisait alors partie des plus jeunes garçons et non de ceux d'âge intermédiaire, de sorte que son dortoir aurait dû se situer à l'étage supérieur. Vu la preuve relative au lieu où dormaient les garçons, [M. McDougall] ne pouvait pas « faire monter » [F.H.].

L'avocat de l'appelant fait observer qu'au procès, F.H. a déclaré qu'il faisait partie des garçons d'âge intermédiaire lors des agressions sexuelles et que, par conséquent, il devait monter pour se rendre aux toilettes des surveillants. Malgré les contradictions, des éléments de preuve permettaient d'ajouter foi au témoignage de F.H.

[64] Il est vrai que la juge Gill ne traite pas de l'incohérence du témoignage de F.H. concernant la fréquence des inspections dans les toilettes des surveillants, contrairement à la juge Rowles qui la relève au par. 75 :

[TRADUCTION] L'intimé a aussi dit à M^{me} Stone que, toutes les deux semaines, les jeunes garçons se plaçaient à l'extérieur des toilettes des surveillants, qu'ils appelaient la « salle d'examen », pour y être examinés. Au procès, il a témoigné que la mise en rang n'avait eu lieu que lors de la première agression sexuelle. Encore une fois, il s'agit d'une modification importante de sa relation des événements.

La juge Gill ne mentionne pas expressément le fait que les allégations de tentative de relation anale et d'attouchement des organes génitaux figurant dans la déclaration initiale différaient du témoignage de F.H. au procès selon lequel il y avait eu pénétration. La juge Rowles dit au par. 76 :

[TRADUCTION] Dans sa déclaration initiale, l'intimé alléguait seulement la tentative de relation anale et l'attouchement des organes génitaux, nullement que l'appelant avait inséré son doigt dans son anus ou qu'il l'avait contraint à une relation anale. Au procès, il a affirmé qu'il y avait eu pénétration. Comme l'a dit la juge du procès, l'intimé a reconnu avoir lu la déclaration, y compris les paragraphes détaillant les agressions alléguées, et qu'il était conscient de la différence entre faire quelque chose et tenter de faire quelque chose.

[65] However, at paras. 46 and 48 of her reasons, Gill J. had recounted these inconsistencies as raised in cross-examination. Her reasons indicate she was aware of the inconsistencies.

[66] As for the inconsistency relating to the frequency of the sexual assaults, Rowles J.A. stated at para. 73:

At his examination for discovery the respondent said that the sexual assaults took place “weekly”, “frequently”, and “every ten days or so” over the entire time he was at the School. The respondent admitted at trial that he had said on discovery that he had told the counsellor, Ms. Nellie Stone, that the sexual assaults by the appellant had taken place over the entire time he was at the School, while he was between the ages of eight and fourteen years. At trial, the respondent testified that the sexual assaults occurred on only four occasions over a period of two-and-a-half months. [Emphasis added.]

[67] Counsel for F.H. points out that F.H.’s evidence was that he was subjected to physical and sexual abuse while he was at the residential school perpetrated by more than one person, that the question to which he was responding mixed both sexual and physical abuse and that the majority of the Court of Appeal wrongly narrowed F.H.’s statement only to assaults perpetrated by McDougall. Counsel says that F.H. was commenting on all of the physical and sexual abuse he experienced at the school which involved more than McDougall and took place over his six years of attendance.

[68] The Court of Appeal appears to have interpreted his evidence on discovery that he was sexually assaulted by McDougall over the entire time he was at the school, while in his evidence at trial it was only four times over two and a half months. Although the evidence is not without doubt, it is open to be interpreted in the way counsel for F.H. asserts and that there was no inconsistency between F.H.’s evidence on discovery and at trial.

[69] As to the frequency of the alleged sexual assaults by McDougall, the trial judge did not

[65] Or, aux paragraphes 46 et 48 de ses motifs, la juge Gill a fait état de ces contradictions soulevées en contre-interrogatoire. Il s’ensuit donc qu’elle en était consciente.

[66] En ce qui concerne les divergences relatives à la fréquence des agressions sexuelles, la juge Rowles dit ce qui suit au par. 73 :

[TRADUCTION] À l’interrogatoire préalable, l’intimé a déclaré que les agressions sexuelles s’étaient produites « chaque semaine », « fréquemment » et « environ tous les dix jours » pendant toute la durée de son séjour au pensionnat. Au procès, il a reconnu avoir déclaré à l’interrogatoire préalable qu’il avait dit à sa thérapeute, M^{me} Nellie Stone, que les agressions sexuelles perpétrées par l’appellant avaient eu lieu pendant toute la durée de son séjour au pensionnat, de l’âge de huit à quatorze ans. Or, au procès, il a précisé que les agressions sexuelles ne s’étaient produites qu’à quatre occasions sur une période de deux mois et demi. [Je souligne.]

[67] L’avocat de F.H. fait remarquer que son client a témoigné que plus d’une personne l’avaient agressé physiquement et sexuellement pendant son séjour au pensionnat, que la question à laquelle il a répondu portait à la fois sur les agressions sexuelles et les sévices physiques et que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont considéré à tort que sa déclaration ne visait que les agressions perpétrées par M. McDougall. Il fait valoir que les propos de F.H. s’appliquaient à toutes les agressions physiques et sexuelles subies au cours des six années de son séjour au pensionnat, et pas seulement à celles commises par M. McDougall.

[68] La Cour d’appel semble conclure que F.H. a témoigné à l’interrogatoire préalable que M. McDougall l’avait agressé sexuellement pendant toute la période qu’il avait été pensionnaire, alors qu’il a dit au procès qu’il y avait eu quatre agressions sur une période de deux mois et demi. Bien que le témoignage ne soit pas sans soulever de doute, il est possible de l’interpréter de la manière prônée par l’avocat de F.H. et de conclure à l’absence de contradiction entre le témoignage à l’interrogatoire préalable et celui offert au procès.

[69] En ce qui concerne la fréquence des agressions sexuelles qu’aurait perpétrées M. McDougall,

ignore inconsistencies in the evidence of F.H. In spite of the inconsistencies, she found him to be credible. At para. 112 of her reasons, she stated:

There are, however, some inconsistencies in the evidence of F.H. As the defence has also argued, his evidence about the frequency of the abuse has not been consistent and there are differences between what he admittedly told Ms. Stone, what he said at his examination for discovery and his evidence at trial. At trial, he said there were four incidents. On previous occasions, he said that this occurred every two weeks or ten days. That is a difference of significance. However, his evidence about the nature of the assaults, the location and the times they occurred has been consistent. Despite differences about frequency, it is my view that F.H. was a credible witness.

[70] The trial judge was not obliged to find that F.H. was not credible or that his evidence at trial was unreliable because of inconsistency between his trial evidence and the evidence he gave on prior occasions. Where a trial judge demonstrates that she is alive to the inconsistencies but still concludes that the witness was nonetheless credible, in the absence of palpable and overriding error, there is no basis for interference by the appellate court.

[71] All of this is not to say that the concerns expressed by Rowles J.A. were unfounded. There are troubling aspects of F.H.'s evidence. However, the trial judge was not oblivious to the inconsistencies in his evidence. The events occurred more than 30 years before the trial. Where the trial judge refers to the inconsistencies and deals expressly with a number of them, it must be assumed that she took them into account in assessing the balance of probabilities. Notwithstanding its own misgivings, it was not for the Court of Appeal to second guess the trial judge in the absence of finding a palpable and overriding error.

[72] With respect, I cannot interpret the reasons of the majority of the Court of Appeal other than that it disagreed with the trial judge's credibility assessment of F.H. in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances. Assessing credibility

la juge du procès tient compte des contradictions dans le témoignage de F.H, mais elle ajoute tout de même foi à celui-ci (par. 112) :

[TRADUCTION] Des contradictions entachent toutefois le témoignage de F.H. Comme l'a aussi fait valoir la défense, son témoignage sur la fréquence des agressions n'a pas été invariable et il y a des différences entre ce qu'il a reconnu avoir dit à M^{me} Stone, son témoignage en interrogatoire préalable et ce qu'il a affirmé au procès. Pendant le procès, il a déclaré qu'il y avait eu quatre agressions. Auparavant, il avait affirmé que les agressions se produisaient toutes les deux semaines ou tous les dix jours. C'est là une différence importante. Toutefois, son témoignage concernant la nature des agressions, ainsi que le lieu et les moments où elles se sont produites n'a pas varié. Malgré les divergences quant à la fréquence des agressions, je suis d'avis que F.H. était un témoin digne de foi.

[70] La juge du procès n'avait pas à conclure à la non-crédibilité de F.H. ou à la non-fiabilité de son témoignage au procès parce que celui-ci contredisait ses déclarations antérieures. Lorsque le juge du procès est conscient des contradictions, mais qu'il arrive quand même à la conclusion que le témoin était digne de foi, sauf erreur manifeste et dominante, rien ne justifie l'intervention de la cour d'appel.

[71] Il ne s'ensuit pas que les préoccupations de la juge Rowles n'étaient pas fondées. Certains éléments du témoignage de F.H. soulèvent des questions. Or, la juge du procès était consciente des contradictions du témoignage. Les événements sont survenus plus de 30 ans auparavant. Comme la juge du procès renvoie aux contradictions et considère expressément certaines d'entre elles, il faut présumer qu'elle en a tenu compte pour établir la prépondérance des probabilités. Malgré ses réserves, il n'appartenait pas à la Cour d'appel de revenir sur la décision de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

[72] En toute déférence, je ne peux voir dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel qu'un désaccord avec l'appréciation de la crédibilité de F.H. par la juge du procès à la lumière des contradictions et de l'absence d'élément circonstanciel corroborant le témoignage. Il incombe

is clearly in the bailiwick of the trial judge and thus heightened deference must be accorded to the trial judge on matters of credibility. As explained by Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.

[73] As stated above, an appellate court is only permitted to intervene when “the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence” (*H.L.*, at para. 4 (emphasis deleted)). The Court of Appeal made no such finding. With respect, in finding that the trial judge failed to scrutinize F.H.’s evidence in the manner required by law, it incorrectly substituted its credibility assessment for that of the trial judge.

D. *Palpable and Overriding Error*

[74] Notwithstanding that the Court of Appeal made no finding of palpable and overriding error, the Attorney General of Canada submits that the trial judge did indeed make such an error. This argument is based entirely on the inconsistencies in the evidence of F.H. The Attorney General says that in light of these inconsistencies, the trial judge was clearly wrong in finding F.H. credible.

[75] I do not minimize the inconsistencies in F.H.’s testimony. They are certainly relevant to an assessment of his credibility. Nonetheless, the trial judge was convinced, despite the inconsistencies, that F.H. was credible and that the four sexual assaults alleged to have been committed by McDougall did occur. From her reasons, it appears that the trial judge’s decision on the credibility of the witnesses was made in the context of the evidence as a whole.

clairement au juge du procès d’apprécier la crédibilité, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Comme l’ont expliqué les juges Bastarache et Abella dans l’arrêt *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l’enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l’observation et de l’audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C’est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l’arrêt *H.L.* — qu’il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[73] Je le répète, une cour d’appel ne peut intervenir que « lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve » (*H.L.*, par. 4 (soulignement omis)). La Cour d’appel n’a pas opiné en ce sens. En toute déférence, en concluant que la juge du procès avait omis d’examiner le témoignage de F.H. aussi attentivement qu’elle l’aurait dû légalement, la Cour d’appel a substitué à tort son appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès.

D. *Erreur manifeste et dominante*

[74] Bien que la Cour d’appel n’ait pas relevé d’erreur manifeste et dominante, le procureur général du Canada soutient que la juge du procès en a de fait commis une. Sa prétention s’appuie entièrement sur les contradictions du témoignage de F.H. Selon lui, au vu de ces contradictions, la juge du procès aurait clairement eu tort de conclure que F.H. était digne de foi.

[75] Je ne veux pas minimiser les contradictions du témoignage de F.H. Elles sont certainement pertinentes pour l’appréciation de sa crédibilité. Or, malgré ces contradictions, la juge du procès était convaincue de la fiabilité du témoignage de F.H. et de la perpétration des quatre agressions sexuelles par M. McDougall. Il appert de ses motifs que la conclusion sur la crédibilité des témoins a été tirée au regard de l’ensemble de la preuve. La juge a tenu

She considered the layout of the school and the fact that the manner in which F.H. described the assaults as taking place would have carried with it the risk of detection. She also considered whether F.H.'s evidence about inspections taking place in the supervisors' washroom and the availability of sheets and pyjamas was consistent with evidence of other witnesses. She acknowledged that F.H. had a motive to lie to save his marriage and decided that the circumstances surrounding disclosure were not suggestive of concoction. She also factored into her analysis the demeanor of F.H.: that "[he] was not a witness who gave detailed answers, often responding simply with a yes or no, nor did he volunteer much information" (para. 110), and that "[w]hen [he] testified, he displayed no emotion but it was clear that he had few, if any, good memories of the school" (para. 113).

[76] In the end, believing the testimony of one witness and not the other is a matter of judgment. In light of the inconsistencies in F.H.'s testimony with respect to the frequency of the sexual assaults, it is easy to see how another trial judge may not have found F.H. to be a credible witness. However, Gill J. found him to be credible. It is important to bear in mind that the evidence in this case was of matters occurring over 30 years earlier when F.H. was approximately 10 years of age. As a matter of policy, the British Columbia legislature has eliminated the limitation period for claims of sexual assault. This was a policy choice for that legislative assembly. Nonetheless, it must be recognized that the task of trial judges assessing evidence in such cases is very difficult indeed. However, that does not open the door to an appellate court, being removed from the testimony and not seeing the witnesses, to reassess the credibility of the witnesses.

E. Corroboration

[77] The reasons of the majority of the Court of Appeal may be read as requiring, as a matter of law, that in cases of oath against oath in the context of sexual assault allegations, that a sexual assault victim must provide some independent

compte de l'aménagement du pensionnat et du fait que la perpétration des agressions de la manière décrite par F.H. était susceptible de détection. Elle s'est également demandé si le témoignage de F.H. concernant les inspections effectuées dans les toilettes des surveillants et l'accès aux draps et aux pyjamas concordait avec celui d'autres témoins. Elle a reconnu que F.H. avait intérêt à mentir pour préserver son mariage, mais elle a statué que les circonstances de la révélation ne suggéraient pas la fabrication. Dans son analyse, la juge du procès a aussi pris en considération l'attitude de F.H., à savoir qu'[TRADUCTION] « [il] ne s'agissait pas d'un témoin offrant des réponses détaillées, qu'il répondait souvent par un simple oui ou non, sans devancer les questions » (par. 110) et que « [p]endant son témoignage, il n'a manifesté aucune émotion, mais il était clair qu'il avait peu de bons souvenirs du pensionnat, voire aucun » (par. 113).

[76] En fin de compte, ajouter foi à un témoignage et non à un autre est affaire de jugement. Vu les contradictions du témoignage de F.H. au sujet de la fréquence des agressions sexuelles, on conçoit aisément qu'un autre juge n'aurait peut-être pas conclu que F.H. était un témoin digne de foi. Cependant, la juge Gill l'a trouvé crédible. Il importe de se rappeler que le témoignage portait sur des événements survenus plus de 30 ans auparavant et qu'à l'époque F.H. avait environ 10 ans. Pour des raisons de principe, le législateur de la Colombie-Britannique a cessé d'assujettir à un délai de prescription la poursuite pour agression sexuelle. Il lui était loisible de le faire. Néanmoins, il faut reconnaître que la tâche du juge du procès appelé à apprécier la preuve dans une affaire de cette nature est particulièrement ardue. Mais une cour d'appel qui n'a pas entendu les témoignages ni observé les témoins n'a pas pour autant le droit de réévaluer la fiabilité de ceux-ci.

E. Corroboration

[77] Les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel peuvent être interprétés comme établissant qu'une corroboration indépendante s'impose légalement lorsque, dans une affaire où une agression sexuelle est alléguée, c'est la parole de la victime

corroborating evidence. At para. 77 of her reasons, Rowles J.A. observed:

There was no corroborative evidence from the witnesses who had been students at the School of other boys having lined up and being examined by McDougall in the supervisor[s'] washroom so as to lend support to [F.H.]'s recollection of events.

At para. 79 she stated:

No support for [F.H.]'s testimony could be drawn from the surrounding circumstances.

[78] In her concurring reasons at para. 106, Southin J.A. stated:

To choose one over the other in cases of oath against oath requires, in my opinion, an articulated reason founded in evidence other than that of the plaintiff.

[79] The impression these passages may leave is that there is a legal requirement of corroboration in civil cases in which sexual assault is alleged. In an abundance of caution and to provide guidance for the future, I make the following comments.

[80] Corroborative evidence is always helpful and does strengthen the evidence of the party relying on it as I believe Rowles J.A. was implying in her comments. However, it is not a legal requirement and indeed may not be available, especially where the alleged incidents took place decades earlier. Incidents of sexual assault normally occur in private.

[81] Requiring corroboration would elevate the evidentiary requirement in a civil case above that in a criminal case. Modern criminal law has rejected the previous common law and later statutory requirement that allegations of sexual assault be corroborated in order to lead to a conviction (see *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 139(1), mandating the need for corroboration and its subsequent amendments removing this requirement (*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125),

contre celle du défendeur. La juge Rowles fait observer au par. 77 :

[TRADUCTION] Nul témoin ayant fréquenté le pensionnat n'a confirmé que d'autres garçons avaient formé des rangs puis avaient été examinés par M. McDougall dans les toilettes des surveillants de manière à étayer la version des faits de [F.H.].

Elle ajoute (par. 79) :

[TRADUCTION] Aucun élément circonstanciel ne corrobore le témoignage de [F.H.].

[78] La juge Southin affirme pour sa part (par. 106, motifs concordants) :

[TRADUCTION] Préférer un témoignage à un autre exige, à mon avis, qu'un motif convaincant fondé sur un autre élément de preuve que le témoignage du demandeur le justifie.

[79] Ces extraits peuvent donner à penser qu'il existe en matière civile une exigence juridique de corroboration dès lorsqu'une agression sexuelle est alléguée. Par surcroît de prudence et afin d'offrir des repères pour l'avenir, j'ajoute les remarques suivantes.

[80] Un élément de corroboration est toujours utile et étoffe la preuve offerte. C'est à mon avis ce que voulait dire la juge Rowles. Or, il ne s'agit pas d'une exigence juridique, car il est possible qu'un tel élément n'existe pas, surtout lorsque les faits se sont produits quelques décennies auparavant. Sans compter que les agressions sexuelles ont généralement lieu en privé.

[81] Exiger la corroboration rendrait la norme de preuve en matière civile plus stricte que celle appliquée en matière pénale. Le droit criminel moderne a écarté l'exigence, d'abord établie par la common law puis par la loi, qu'une allégation d'agression sexuelle soit corroborée pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité (voir *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 139(1), prévoyant la nécessité d'une corroboration et ses modifications subséquentes supprimant cette exigence (*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives*

as well as the current *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 274, stipulating that no corroboration is required for convictions in sexual assault cases). Trial judges faced with allegations of sexual assault may find that they are required to make a decision on the basis of whether they believe the plaintiff or the defendant and as difficult as that may be, they are required to assess the evidence and make their determination without imposing a legal requirement for corroboration.

F. *Is W. (D.) Applicable in Civil Cases in Which Credibility Is in Issue?*

[82] At paras. 107, 108 and 110 of her reasons, Southin J.A. stated:

It is not enough for the judge to say that I find the plaintiff credible and since he is credible the defendant must be lying.

What I have said so far is, to me, no more than an application to civil cases of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (S.C.C.).

. . .

I see no logical reason why the rejection of “either/or” in criminal cases is not applicable in civil cases where the allegation is of crime, albeit that the burden of proof on the proponent is not beyond reasonable doubt but on a balance of probabilities.

[83] *W. (D.)* was a decision by this Court in which Cory J., at p. 758, established a three-step charge to the jury to help the jury assess conflicting evidence between the victim and the accused in cases of criminal prosecutions of sexual assaults:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are

à d’autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125), ainsi que la version actuelle du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 274, portant que la corroboration n’est pas nécessaire pour déclarer une personne coupable d’agression sexuelle). Dans une affaire d’agression sexuelle, la décision du juge du procès peut dépendre du fait qu’il ajoute foi au témoignage du demandeur ou à celui du défendeur, mais malgré ce dilemme, il doit apprécier la preuve et se prononcer sans exiger de corroboration.

F. *L’arrêt W. (D.) s’applique-t-il au civil en matière de crédibilité?*

[82] La juge Southin dit ce qui suit aux par. 107, 108 et 110 :

[TRADUCTION] Le juge ne peut se contenter de dire qu’il trouve le demandeur crédible et, de ce fait, que le défendeur ment nécessairement.

Jusqu’ici mes motifs ne font qu’appliquer l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (C.S.C.), au contexte civil.

. . .

Je ne vois aucun motif rationnel de ne pas rejeter l’alternative en matière civile, tout comme en matière pénale, lorsque l’acte reproché constitue un acte criminel, même si la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités, et non celle de l’absence de tout doute raisonnable.

[83] Dans l’arrêt *W. (D.)*, par la voix du juge Cory, notre Cour a établi un exposé à trois volets afin d’aider le jury à évaluer les témoignages contradictoires de la victime et de l’accusé dans le cadre d’une poursuite criminelle pour agression sexuelle (p. 758) :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l’accusé, manifestement vous devez prononcer l’acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l’accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l’acquittement.

Troisièmement, même si vous n’avez pas de doute à la suite de la déposition de l’accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez,

convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

[84] These charges to the jury are not sacrosanct but were merely put in place as guideposts to the meaning of reasonable doubt, as recently explained by Binnie J. in *R. v. J.H.S.*, [2008] 2 S.C.R. 152, 2008 SCC 30, at paras. 9 and 13:

Essentially, *W. (D.)* simply unpacks for the benefit of the lay jury what reasonable doubt means in the context of evaluating conflicting testimonial accounts. It alerts the jury to the “credibility contest” error. It teaches that trial judges are required to impress on the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

. . .

. . . In *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, Major J. for the majority pointed out that in any case where credibility is important “[t]he question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events” (para. 19). The main point is that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt.

[85] The *W. (D.)* steps were developed as an aid to the determination of reasonable doubt in the criminal law context where a jury is faced with conflicting testimonial accounts. Lack of credibility on the part of an accused is not proof of guilt beyond a reasonable doubt.

[86] However, in civil cases in which there is conflicting testimony, the judge is deciding whether a fact occurred on a balance of probabilities. In such cases, provided the judge has not ignored evidence, finding the evidence of one party credible may well be conclusive of the result because that evidence is inconsistent with that of the other party. In such cases, believing one party will mean explicitly or implicitly that the other party was not believed on the important issue in the case. That may be especially true where a plaintiff makes allegations that

vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l’accusé.

[84] Cet exposé au jury n’est pas sacré. Il offre simplement des repères pour l’application du doute raisonnable, comme l’a récemment expliqué le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. J.H.S.*, [2008] 2 R.C.S. 152, 2008 CSC 30, par. 9 et 13 :

Essentiellement, l’arrêt *W. (D.)* explique tout simplement au bénéfice des jurés profanes en quoi consiste un doute raisonnable dans le contexte de l’évaluation de témoignages contradictoires. Il attire l’attention des jurés sur l’erreur consistant à procéder à un « concours de crédibilité ». Il explique que les juges de première instance sont tenus de bien faire comprendre aux jurés que le ministère public n’est jamais dispensé du fardeau de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable.

. . .

. . . Dans *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, le juge Major qui s’exprimait au nom des juges de la majorité a souligné que, dans toutes les causes où la question de la crédibilité revêt de l’importance, « [c]e qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements » (par. 19). L’essentiel c’est que le manque de crédibilité de l’accusé n’équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[85] La démarche proposée dans l’arrêt *W. (D.)* a été conçue pour aider le jury aux prises avec des témoignages contradictoires dans une affaire criminelle à déterminer s’il existe un doute raisonnable. La non-crédibilité de l’accusé ne prouve pas sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[86] Toutefois, au civil, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge est appelé à se prononcer sur la véracité du fait allégué selon la prépondérance des probabilités. S’il tient compte de tous les éléments de preuve, sa conclusion que le témoignage d’une partie est crédible peut fort bien être décisive, ce témoignage étant incompatible avec celui de l’autre partie. Aussi, croire une partie suppose explicitement ou non que l’on ne croit pas l’autre sur le point important en litige. C’est particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, le

are altogether denied by the defendant as in this case. *W. (D.)* is not an appropriate tool for evaluating evidence on the balance of probabilities in civil cases.

G. *Did the Trial Judge Ignore the Evidence of McDougall?*

[87] In an argument related to *W. (D.)*, the Attorney General of Canada says, at para. 44 of its factum, that “[s]imply believing the testimony of one witness, without assessing the evidence of the other witness, marginalizes that other witness” since he has no way of knowing whether he was disbelieved or simply ignored.

[88] The Attorney General bases his argument on the well-known passage in *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (B.C.C.A.), which concludes at p. 357:

... a Court of Appeal must be satisfied that the trial Judge’s finding of credibility is based not on one element only to the exclusion of others, but is based on all the elements by which it can be tested in the particular case.

[89] Thus, the Attorney General contends, at para. 47 of its factum, that:

In a civil proceeding alleging a sexual assault, if the trier of fact accepts the plaintiff’s evidence and simply ignores the defendant’s evidence, that conclusion would breach the requirement described in *Faryna*, that every element of the evidence must be considered.

[90] I agree that it would be an error for the trial judge to ignore the evidence of the defendant and simply concentrate on the evidence submitted by the plaintiff. But that is not the case here.

[91] The trial judge described the testimony given by McDougall with respect to his vocational beliefs, his subsequent marriage, his role at the school, the routine at the school, the laundry procedure and his denials as to having sexually assaulted either R.C. or F.H. She also dealt with the defence arguments

demandeur formule des allégations que le défendeur nie en bloc. La démarche préconisée dans l’arrêt *W. (D.)* ne convient pas pour évaluer la preuve au regard de la prépondérance des probabilités dans une instance civile.

G. *La juge du procès a-t-elle ignoré le témoignage de M. McDougall?*

[87] Dans sa plaidoirie relative à l’arrêt *W. (D.)*, le procureur général du Canada indique au par. 44 de son mémoire que [TRADUCTION] « [l]e simple fait de croire un témoin, sans apprécier le témoignage de l’autre témoin, a pour effet de marginaliser cet autre témoin » puisqu’il n’a aucun moyen de savoir si le juge ne l’a pas cru ou s’il a simplement ignoré son témoignage.

[88] La thèse du procureur général repose sur un extrait souvent cité de l’arrêt *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354 (C.A.C.-B.), p. 357. La Cour d’appel y conclut :

[TRADUCTION] ... une cour d’appel doit être convaincue que la conclusion sur la crédibilité tirée en première instance repose non pas sur un seul élément de preuve, à l’exclusion de tout autre, mais bien sur l’ensemble des éléments permettant d’apprécier la crédibilité dans le cas considéré.

[89] Le procureur général soutient donc au par. 47 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans une instance civile où une agression sexuelle est alléguée, le juge des faits qui ajoute foi au témoignage du demandeur et ignore simplement celui du défendeur ne satisfait pas à l’exigence, établie dans l’arrêt *Faryna*, que chacun des éléments de la preuve soit examiné.

[90] Je conviens que le juge du procès qui considère le seul témoignage du demandeur, à l’exclusion de celui du défendeur, commet une erreur. Or, ce n’est pas ce qui s’est passé en l’espèce.

[91] La juge du procès a relaté le témoignage de M. McDougall concernant sa foi et sa vocation, son mariage subséquent, sa fonction au pensionnat, la vie quotidienne dans l’établissement, l’entretien des vêtements et de la literie et sa dénégaration des allégations d’agression sexuelle formulées par

with respect to the credibility and reliability of the testimony of R.C. and F.H. regarding the sexual assaults. Indeed, she found that R.C. did not prove he was sexually assaulted by McDougall.

[92] In determining whether McDougall had ever strapped R.C. or F.H., she summarized McDougall's evidence as follows at para. 131:

As stated, it was the defendant's evidence that during his years at the school, he administered the strap to only five or six intermediate boys. He did so as punishment for behaviour such as fighting or swearing. It was always to the hand and was always done in the dorm. He denied the evidence of Mr. Jeffries that he had frequently disciplined him for the reasons Mr. Jeffries described. He denied going to his grandmother's home or mocking him about wanting to visit his grandmother. He denied the evidence of F.H.

[93] She also highlighted a contradiction in McDougall's testimony at para. 135:

It is also my view that the defendant minimized his use of the strap as a form of discipline. Further, while he testified that no child was ever strapped in his room, when testifying about one specific incident, he said that he brought the boy "upstairs to my room and I administered the strap three times to his right hand".

Although McDougall later "corrected himself" to say that he had strapped the boy in the dorm and not in his room, it was open to the trial judge to believe his first statement and not his "correction".

[94] And as earlier discussed, at para. 106 of her reasons, she pointed out inconsistency between the evidence of McDougall and one of the defence witnesses, Mr. Paul, on the issue of routine physical inspections of the students.

[95] At para. 66 of her reasons for the majority of the Court of Appeal, Rowles J.A. stated:

R.C. et F.H. Elle s'est également penchée sur les prétentions de la défense au sujet de la crédibilité des témoignages de R.C. et de F.H. concernant les agressions sexuelles. Elle a d'ailleurs conclu que R.C. n'avait pas prouvé que M. McDougall l'avait agressé sexuellement.

[92] Pour déterminer si M. McDougall avait jamais frappé R.C. ou F.H. avec une lanière en cuir, elle a résumé son témoignage comme suit (par. 131) :

[TRADUCTION] Ainsi, selon le témoignage du défendeur, pendant les années qu'il a passées au pensionnat, il n'aurait frappé avec une lanière en cuir que cinq ou six garçons d'âge intermédiaire. Il l'aurait fait parce qu'ils s'étaient battus ou qu'ils avaient blasphémé. Il visait toujours les mains et la correction était toujours administrée dans le dortoir. Il a rejeté le témoignage de M. Jeffries selon lequel il l'avait fréquemment puni pour les motifs précisés par M. Jeffries. Il a nié être allé chez la grand-mère de M. Jeffries ou s'être moqué de lui parce qu'il voulait rendre visite à sa grand-mère. Il a nié les allégations de F.H.

[93] Elle a par ailleurs relevé une contradiction dans le témoignage de M. McDougall (par. 135) :

[TRADUCTION] Je suis aussi d'avis que le défendeur a minimisé son recours à la lanière en cuir pour corriger les pensionnaires. Par ailleurs, bien qu'il ait déclaré n'avoir jamais infligé ce châtiment dans sa chambre, lorsqu'il a témoigné sur un incident en particulier, il a dit avoir « fait monter le garçon dans [sa] chambre et l'avoir frappé à la main droite trois fois avec une lanière en cuir ».

M. McDougall avait ensuite rectifié les faits : il avait dit avoir frappé le garçon dans le dortoir, et non dans sa chambre. Or, il était loisible à la juge du procès d'ajouter foi à la première version plutôt qu'à la seconde.

[94] Et, je le rappelle, la juge du procès relève au par. 106 la divergence entre les propos de M. McDougall et ceux d'un témoin de la défense, M. Paul, au sujet des inspections corporelles périodiques des garçons.

[95] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Rowles indique ce qui suit (par. 66) :

From the reasons the trial judge gave for finding that the appellant had strapped the respondent, one can infer that the judge did not accept the appellant's evidence on that issue. Disbelief of a witness's evidence on one issue may well taint the witness's evidence on other issues but an unfavourable credibility finding against a witness does not, of itself, constitute evidence that can be used to prove a fact in issue.

[96] I agree with Rowles J.A. However, the trial judge's unfavourable credibility findings with respect to McDougall's strapping evidence together with her belief in Paul's evidence in preference to that of McDougall with respect to routine physical inspections, indicates that she did not ignore McDougall's evidence or marginalize him. She simply believed F.H. on essential matters rather than McDougall.

H. *Were the Reasons of the Trial Judge Adequate?*

[97] The Attorney General alleges that the reasons of the trial judge are inadequate. The same argument was not accepted by the Court of Appeal. At para. 61, Rowles J.A. stated:

Generally speaking, if a judge's reasons reveal the path the judge took to reach a conclusion on the matter in dispute, the reasons are adequate for the purposes of appellate review. To succeed in an argument that the trial judge did not give adequate reasons, an appellant does not have to demonstrate that there is a flaw in the reasoning that led to the result. In this case, the judge's reasons are adequate to show how she arrived at her conclusion that the respondent had been sexually assaulted.

Where the Court of Appeal expresses itself as being satisfied that it can discern why the trial judge arrived at her conclusion, a party faces a serious obstacle to convince this Court that the reasons are nonetheless inadequate.

[98] The meaning of adequacy of reasons is explained in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. In *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34, Binnie J. summarized the duty to give adequate reasons:

[TRANSLATION] On peut inférer des motifs qu'elle invoque pour conclure que l'appelant a frappé l'intimé avec une lanière en cuir que la juge du procès n'a pas ajouté foi au témoignage de l'appelant sur ce point. Le fait de ne pas croire un témoin sur un point peut bien ternir son témoignage sur un autre sujet, mais une conclusion sur la crédibilité qui est défavorable à un témoin ne saurait à elle seule établir un fait en litige.

[96] Je suis d'accord avec la juge Rowles. Toutefois, les conclusions défavorables tirées par la juge du procès sur la crédibilité du témoignage de M. McDougall au sujet du recours à la lanière en cuir et le fait qu'elle a ajouté foi au témoignage de M. Paul plutôt qu'à celui de M. McDougall au sujet des inspections corporelles périodiques montrent qu'elle n'a pas ignoré le témoignage de M. McDougall et qu'elle ne l'a pas marginalisé. Elle a simplement cru F.H. plutôt que M. McDougall sur des points importants.

H. *Les motifs de la juge du procès étaient-ils suffisants?*

[97] Le procureur général soutient que les motifs de la juge du procès ne sont pas suffisants. La Cour d'appel a rejeté cette prétention (par. 61, la juge Rowles) :

[TRANSLATION] De façon générale, lorsque le juge précise le raisonnement à l'issue duquel il a tiré sa conclusion sur la question en litige, ses motifs sont suffisants aux fins d'un examen en appel. Pour qu'ils soient jugés insuffisants, point n'est besoin d'établir qu'un vice entache le raisonnement ayant mené à la conclusion. En l'espèce, les motifs de la juge permettent de comprendre comment elle est arrivée à la conclusion que l'intimé avait été agressé sexuellement.

Dans la mesure où la Cour d'appel dit pouvoir discerner les raisons pour lesquelles la juge du procès a tiré sa conclusion, la partie qui souhaite convaincre notre Cour que les motifs sont néanmoins insuffisants doit surmonter un obstacle de taille.

[98] Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, notre Cour explique la notion de suffisance des motifs. Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34, le juge Binnie résume comme suit la teneur de l'obligation de motiver une décision :

- (1) To justify and explain the result;
- (2) To tell the losing party why he or she lost;
- (3) To provide for informed consideration of the grounds of appeal; and
- (4) To satisfy the public that justice has been done.

[99] However, an appeal court cannot intervene merely because it believes the trial judge did a poor job of expressing herself. Nor, is a failure to give adequate reasons a free standing basis for appeal. At para. 20 of *Walker*, Binnie J. states:

Equally, however, *Sheppard* holds that “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue. . . . The duty to give reasons “should be given a functional and purposeful interpretation” and the failure to live up to the duty does not provide “a free-standing right of appeal” or “in itself confe[r] entitlement to appellate intervention” (para. 53).

[100] An unsuccessful party may well be dissatisfied with the reasons of a trial judge, especially where he or she was not believed. Where findings of credibility must be made, it must be recognized that it may be very difficult for the trial judge to put into words the process by which the decision is arrived at (see *Gagnon*). But that does not make the reasons inadequate. In *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, 2008 SCC 51, released at the same time as this decision, McLachlin C.J. has explained that credibility findings may involve factors that are difficult to verbalize:

While it is useful for a judge to attempt to articulate the reasons for believing a witness and disbelieving another in general or on a particular point, the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize. Furthermore, embellishing why a particular witness’s evidence is rejected may involve the judge in saying

- (1) justifier et expliquer le résultat;
- (2) indiquer à la partie qui n’a pas gain de cause pourquoi elle a perdu;
- (3) permettre un examen éclairé des moyens d’appel;
- (4) convaincre le public que justice a été rendue.

[99] Cependant, une cour d’appel n’est pas admise à intervenir au seul motif que le juge du procès s’est mal exprimé. L’omission de fournir des motifs suffisants ne constitue pas non plus un motif d’appel distinct. Au par. 20 de l’arrêt *Walker*, le juge Binnie dit ce qui suit :

L’arrêt *Sheppard* établit toutefois que « [l]a cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé » (par. 26). Les motifs sont suffisants s’ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l’abstrait, mais d’après la réponse qu’ils apportent aux éléments essentiels du litige. [. . .] L’obligation de fournir des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l’objet » et l’inobservation de cette obligation n’a pas pour effet de créer « un droit d’appel distinct » ou de conférer « en soi le droit à l’intervention d’une cour d’appel » (par. 53).

[100] La partie qui n’a pas gain de cause peut juger insuffisants les motifs du juge du procès, surtout s’il ne l’a pas crue. Il faut reconnaître qu’il peut être très difficile au juge appelé à tirer des conclusions sur la crédibilité des témoins de préciser le raisonnement qui est à l’origine de sa décision (voir l’arrêt *Gagnon*). Ses motifs ne sont pas insuffisants pour autant. Dans l’arrêt *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, 2008 CSC 51, rendu concurremment avec la présente décision, la juge en chef McLachlin explique que les conclusions relatives à la crédibilité peuvent faire intervenir des éléments difficiles à exprimer :

Bien qu’il soit utile que le juge tente d’exposer clairement les motifs qui l’ont amené à croire un témoin plutôt qu’un autre, en général ou sur un point en particulier, il demeure que cet exercice n’est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer. De plus, pour expliquer en détail pourquoi un témoignage a été écarté, il se peut

unflattering things about the witness; judges may wish to spare the accused who takes the stand to deny the crime, for example, the indignity of not only rejecting his evidence in convicting him, but adding negative comments about his demeanor. In short, assessing credibility is a difficult and delicate matter that does not always lend itself to precise and complete verbalization. [para. 49]

Nor are reasons inadequate because in hindsight, it may be possible to say that the reasons were not as clear and comprehensive as they might have been.

[101] Rowles J.A. found that the reasons of the trial judge showed why she arrived at her conclusion that F.H. had been sexually assaulted by McDougall. I agree with her that the reasons of the trial judge were adequate.

IV. Conclusion

[102] I am of the respectful opinion that the majority of the Court of Appeal erred in reversing the decision of the trial judge. The appeal should be allowed with costs. The decision of the Court of Appeal of British Columbia should be set aside and the decision of the trial judge restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ian Hugh McDougall: Forstrom Jackson, Vancouver.

Solicitors for the respondent The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

que le juge doive tenir des propos peu flatteurs sur le témoin. Or, le juge voudra peut-être épargner à l'accusé, qui a témoigné pour nier le crime, la honte de subir des commentaires négatifs sur son comportement, en plus de celle de voir son témoignage écarté et d'être déclaré coupable. Bref, l'appréciation de la crédibilité est un exercice difficile et délicat qui ne se prête pas toujours à une énonciation complète et précise. [par. 49]

De même, les motifs ne sont pas insuffisants parce que, avec le recul, on peut dire qu'ils ne sont pas aussi clairs et exhaustifs qu'ils auraient pu l'être.

[101] La juge Rowles a conclu que les motifs de la juge du procès expliquaient les raisons pour lesquelles elle avait conclu que F.H. avait été agressé sexuellement par M. McDougall. Je conviens avec elle que les motifs de la juge du procès étaient suffisants.

IV. Conclusion

[102] En toute déférence, je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort d'annuler la décision de la juge du procès. Le pourvoi est accueilli avec dépens. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulée, et celle de la juge du procès rétablie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ian Hugh McDougall : Forstrom Jackson, Vancouver.

Procureurs de l'intimé The Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia: Macaulay McColl, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Richard James Goodwin *Appellant*

v.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Respondents*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Jamie Allen Chisholm *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Scott Roberts *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Carol Marion Beam *Respondent*

- and -

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia *Appellants*

v.

Please see in particular paras. 45 and 46

c.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Jamie Allen Chisholm *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Scott Roberts *Intimé*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

Carol Marion Beam *Intimée*

- et -

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et procureur général de la Colombie-Britannique *Appellants*

c.

2015 SCC 46 (CanLII)

Richard James Goodwin *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil Liberties Association,
Insurance Bureau of Canada,
Criminal Trial Lawyers’
Association (Alberta), Criminal Defence
Lawyers Association (Calgary),
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Alberta Registrar of Motor Vehicle
Services and Mothers Against Drunk
Driving Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: GOODWIN v. BRITISH COLUMBIA
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 SCC 46

File No.: 35864.

2015: May 19; **2015: October 16.**

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Property and civil rights — Highways — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition scheme ultra vires the province as being exclusively within federal government’s criminal law power — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Richard James Goodwin *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l’Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l’Alberta,
Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique,
Bureau d’assurance du Canada,
Criminal Trial Lawyers’
Association (Alberta), Criminal Defence
Lawyers Association (Calgary),
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Alberta Registrar of Motor Vehicle
Services et Les mères contre l’alcool au
volant Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GOODWIN c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES)**

2015 CSC 46

N° du greffe : 35864.

2015 : 19 mai; 2015 : 16 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Propriété et droits civils — Voies publiques — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d’une analyse faite lors d’un contrôle routier à l’aide d’un appareil de détection approuvé — Le régime d’interdiction automatique de conduire outre-passe-t-il la compétence de la province parce qu’il relève exclusivement de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Search and seizure — Impaired driving — Provincial legislation creating automatic licence suspensions, penalties and remedial programs following roadside analysis using approved screening device — Whether automatic roadside prohibition regime creates an offence within meaning of s. 11 of Charter and infringes the presumption of innocence — Whether automatic roadside prohibition scheme infringes right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 11(d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

In 2010, British Columbia created the Automatic Roadside Prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia's longstanding efforts to remove impaired drivers from the province's roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs. The scheme calls for roadside analysis of drivers' breath samples using an approved screening device (ASD). A "fail" reading and a driver's refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day licence suspension. A "warn" reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days. There is a process for review of suspensions, but it only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the driver refused to provide a sample.

These appeals ask whether the ARP scheme oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law. They also ask whether the provincial regime engages and ultimately infringes two *Charter* rights: the protection against unreasonable search and seizure found in s. 8, and the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d). The chambers judge found that the ARP scheme is *intra vires* the province and that s. 11(d) of the *Charter* is not engaged. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 when the screening device registers a "fail", though not when a driver refuses to provide a breath sample. His decision was upheld on appeal.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Fouilles, perquisitions et saisies — Conduite avec facultés affaiblies — Loi provinciale prévoyant des suspensions automatiques du permis de conduire, des sanctions et des programmes correctifs à la suite d'une analyse faite lors d'un contrôle routier à l'aide d'un appareil de détection approuvé — Le régime d'interdiction automatique de conduire crée-t-il une infraction visée par l'art. 11 de la Charte et porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence? — Le régime d'interdiction automatique de conduire porte-t-il atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 11d) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l'imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs. Selon le régime, il faut analyser les échantillons d'haleine des conducteurs lors d'un contrôle routier au moyen d'un appareil de détection approuvé (ADA). Le résultat « échec » ainsi que le refus ou l'omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension du permis de 90 jours. Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours. Il existe une procédure de contrôle des suspensions, mais elle permet seulement au Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l'ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon.

Il s'agit en l'espèce de décider si le RIAC excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Il s'agit également de déterminer si le régime provincial fait intervenir et porte atteinte en fin de compte à deux droits garantis par la *Charte* : la protection offerte par l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d). Selon le juge en chambre, le RIAC relève de la province et l'al. 11d) de la *Charte* ne s'applique pas. Il a toutefois conclu que le RIAC viole l'art. 8 lorsque l'appareil de détection affiche le résultat « échec », mais non lorsque le conducteur refuse de fournir un échantillon d'haleine. Sa décision a été confirmée en appel.

Held (McLachlin C.J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

Per Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: The province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Provinces have an important role in ensuring highway safety, which includes regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads. Provincial drunk driving programs and the criminal law will often be interrelated. A provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*. Deterrence can be a purpose of provincial law. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. Thus, from a division of powers standpoint, the legislation is valid.

The ARP scheme does not create an “offence” within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. The scheme is not concerned with addressing harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. Furthermore, the ARP scheme does not impose true penal consequences. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately \$4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. The protections of s. 11 are not engaged in this case.

The demand to breathe into an ASD constitutes a seizure that infringes on an individual's reasonable expectation of privacy and engages the protection of s. 8 of the *Charter*. Although the province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente en partie) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : La province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écarter le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l'alcool. Les provinces jouent un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes. Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d'ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Une loi provinciale n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu'elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*. La dissuasion peut être un objectif du droit provincial. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. La loi est donc valide du point de vue du partage des compétences.

Le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'al. 11d) de la *Charte*. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu'il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. De plus, le RIAC n'impose pas de vérifiables conséquences pénales. Bien qu'une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l'imposition potentielle d'environ 4 000 \$ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l'art. 11. L'interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. Les mesures de protection de l'art. 11 n'entrent pas en jeu en l'espèce.

La demande de souffler dans un ADA constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et fait intervenir la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la

scheme, in the *Motor Vehicle Act*. It is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis. The breath demand is a critical component of the province's efforts to protect British Columbians from death and serious injuries caused by impaired drivers. This compelling purpose weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure. Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. The consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, but they are immediate and serious, and arise without a further test using a more reliable breathalyzer. In this case, the mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The chambers judge found that in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings. The use of an ASD to obtain a breath sample raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of the test results.

The scope and availability of review is part of the analysis under s. 8. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is critical to the reasonableness of the ARP regime. Here, the process for review of the ARP suspensions only permits the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the driver refused to provide a sample. The absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress. The serious consequences of a driver registering a "fail", combined with an inability to challenge the basis on which these

saisie sont établis dans le RIAC, dans la *Motor Vehicle Act*. C'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujéti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif. La demande d'échantillon d'haleine est un élément crucial des efforts déployés par la province pour empêcher que les Britanno-Colombiens soient tués ou gravement blessés par les conducteurs aux facultés affaiblies. Cet objet impérieux milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d'un échantillon d'haleine. Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Cependant, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest plus fiable. En l'espèce, pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Le juge en chambre a conclu que, dans certains cas, il peut y avoir de sérieux doutes quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d'alcoolémie. L'utilisation d'un ADA pour obtenir un échantillon d'haleine soulève des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d'analyse.

L'étendue du contrôle et la possibilité d'y recourir font partie de l'analyse fondée sur l'art. 8. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est essentielle au caractère raisonnable du RIAC. En l'espèce, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de décider si le demandeur était un « conducteur » et si l'ADA a affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou si le demandeur a refusé de fournir un échantillon. L'absence d'un contrôle valable de l'exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l'absence d'un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l'imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu'il ne puisse bénéficier d'un mécanisme pour

consequences are imposed, render the ARP scheme unreasonable.

The objective of the scheme, reducing death and injury caused by impaired driving, is pressing and substantial, and the automatic prohibitions are rationally connected to that objective. However, the ARP scheme does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure. Subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that there are less impairing measures that can feasibly be put into place without undermining the province's objective. Therefore, the "fail" branch of the ARP scheme is not saved under s. 1. There is no need to determine whether the same result follows where the "warn" scheme is concerned.

Per McLachlin C.J. (dissenting in part): There is agreement with the majority on the constitutional issue and on the s. 11(d) of the *Charter* issue, but not on the s. 8 issue. The province's roadside suspension scheme does not violate the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. The provincial scheme in this case relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath. This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be unreasonable under s. 8 of the *Charter*. To determine whether a search or seizure is reasonable, the court should examine three requirements: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure; (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose; and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action. Whether a search or seizure is reasonable is sometimes determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose and the individual's privacy interest. However, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable. Even where the state purpose is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. As for the privacy interest, it should be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which

obtenir réparation. Les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l'impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif.

L'objectif du régime — réduire le nombre de décès et de blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies — est urgent et réel, et il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire et cet objectif. Cependant, le RIAC ne porte pas atteinte de façon minimale au droit du conducteur d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Les modifications apportées subséquemment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l'occasion de contrôles routiers démontrent que des mesures moins attentatoires peuvent facilement être mises en place sans nuire à l'objectif de la province. Par conséquent, le volet « échec » du RIAC n'est pas sauvegardé par l'article premier. Point n'est besoin de décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat.

La juge en chef McLachlin (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur la question constitutionnelle et celle relative à l'al. 11d) de la *Charte*, mais non sur l'art. 8. Le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier n'enfreint pas l'exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. Le régime provincial en l'espèce s'en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d'haleine. Il s'agit là clairement de la saisie d'un échantillon d'une substance corporelle, ce qui signifie qu'elle ne doit pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, le tribunal doit examiner trois conditions : (1) l'État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l'intérêt public général; (2) l'atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État; (3) l'atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l'État se livre à des abus. Pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande parfois si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée. Toutefois, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable. Même lorsque l'objectif de l'État revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage

the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards.

All three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. First, the state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. Second, the seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state purpose. The regime here is regulatory and not criminal and the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. The third requirement — the availability of judicial supervision — presents the greatest difficulty, however, the driver can request a second test on a different device at the roadside. Further, the driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of the application. The Superintendent's decision is also subject to judicial supervision by way of judicial review. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. In this case, the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Quebec (Attorney*

que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Pour ce qui est du droit à la vie privée, il doit s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques.

Les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. Tout d'abord, l'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. Ensuite, la saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Le régime en l'espèce est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. La troisième condition — la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire — est la plus problématique, mais le conducteur peut demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier. Il peut aussi demander que le Surintendant révisé une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. Dans la présente affaire, les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1; *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S.

General) v. *Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, rev'd [1999] 1 S.C.R. 3; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Ford v.*

463; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à l'Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40, inf. par [1999] 1 R.C.S. 3; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Nur*, 2015 CSC

Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

R. v. Tessling, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 10(b), 11, 24(2).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).
Highway Safety Code, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, ss. 94.1 to 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 2 “authorities”, 36(2)(a)(i).

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

R. c. Tessling, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 10b), 11, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(2), (3).
Code de la sécurité routière, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.
Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 94.1 à 94.6, 94.2(1), 215.41(3), (6), 215.42, 215.43(1), (2), (3), 215.46(2), 215.47, 215.48, 215.49, 215.5, 262, 263.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 2 « sources », 36(2)a)(i).

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, p. 4871.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Pitel, Stephen, and Robert Solomon. “Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010”, MADD Canada, April 2013 (online: <http://www.madd.ca/media/docs/estimating-presence.pdf>).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Hinkson and MacKenzie JJ.A.), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), affirming the decisions of Sigurdson J., 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); and 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); and affirming a decision of Dley J., B.C.S.C., Victoria, No. 12-1095, May 25, 2012. Appeals dismissed, McLachlin C.J. dissenting in part.

Howard A. Mickelson, Q.C., and Shea H. Coulson, for the appellant/respondent Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, Leah Greathead and Tyna Mason, for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia.

Shea H. Coulson, Diego A. Solimano and Sacha L. I. Roudette, for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam.

Written submissions only by *Christine Mohr* and *Diba Majzub*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pitel, Stephen, et Robert Solomon. « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 », MADD Canada, avril 2013 (en ligne : http://www.madd.ca/media/docs/estimation_du_nombres.pdf).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Hinkson et MacKenzie), 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1, 370 D.L.R. (4th) 609, 302 C.R.R. (2d) 1, 307 C.C.C. (3d) 77, 352 B.C.A.C. 86, 601 W.A.C. 86, [2014] 6 W.W.R. 1, 64 M.V.R. (6th) 7, [2014] B.C.J. No. 346 (QL), 2014 CarswellBC 488 (WL Can.), qui a confirmé les décisions du juge Sigurdson, 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229, 247 C.R.R. (2d) 226, 282 C.C.C. (3d) 145, 92 C.R. (6th) 122, [2012] 5 W.W.R. 297, 23 M.V.R. (6th) 185, [2011] B.C.J. No. 2282 (QL), 2011 CarswellBC 3225 (WL Can.); 2011 BCSC 1783, 27 B.C.L.R. (5th) 326, 249 C.R.R. (2d) 368, [2012] 4 W.W.R. 506, 23 M.V.R. (6th) 282, [2011] B.C.J. No. 2484 (QL), 2011 CarswellBC 3493 (WL Can.); et 2012 BCSC 1030, 36 B.C.L.R. (5th) 360, 353 D.L.R. (4th) 351, 266 C.R.R. (2d) 82, 289 C.C.C. (3d) 476, [2013] 1 W.W.R. 176, 36 M.V.R. (6th) 235, [2012] B.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellBC 2056 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Dley, C.S.C.-B., Victoria, n° 12-1095, 25 mai 2012. Pourvois rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente en partie.

Howard A. Mickelson, c.r., et Shea H. Coulson, pour l’appelant/intimé Richard James Goodwin.

Nathaniel Carnegie, Leah Greathead et Tyna Mason, pour les appelants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Shea H. Coulson, Diego A. Solimano et Sacha L. I. Roudette, pour les intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam.

Argumentation écrite seulement par *Christine Mohr* et *Diba Majzub*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Written submissions only by *S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Written submissions only by *Brigitte Bussières, Alain Gingras and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Argumentation écrite seulement par *Brigitte Bussières, Alain Gingras et Gilles Laporte*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Written submissions only by *Michael Conner and Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *Michael Conner et Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Written submissions only by *Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Claire E. Hunter, Eileen Patel and Nigel Marshman, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Claire E. Hunter, Eileen Patel et Nigel Marshman, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Alan L. W. D'Silva, Nicholas McHaffie and Alexandra Urbanski, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

Alan L. W. D'Silva, Nicholas McHaffie et Alexandra Urbanski, pour l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada.

Shannon Prithipaul, Ian Savage and Michael Oykhman, for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Shannon Prithipaul, Ian Savage et Michael Oykhman, pour les intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary).

Michael Lacy, Joanna Baron and Andrew Burgess, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael Lacy, Joanna Baron et Andrew Burgess, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Sean McDonough, for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Sean McDonough, pour l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services.

Bryant Mackey, Guy Régimbald and Matthew Estabrooks, for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada.

Bryant Mackey, Guy Régimbald et Matthew Estabrooks, pour l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada.

The judgment of Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The devastating consequences of impaired driving reverberate throughout Canadian society. Impaired driving renders roads unsafe, destroys lives, and imposes costs throughout the health care system. The federal and provincial governments have all acted in response to this pressing danger. The federal government has made both impaired driving and driving with a blood alcohol concentration above 0.08 offences contrary to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Across Canada, provincial governments have also addressed this concern through provincial legislation governing driver licensing.

[2] In 2010, British Columbia created the automatic roadside prohibition (ARP) scheme. It marked a continuation of British Columbia's longstanding efforts to remove impaired drivers from the province's roads through the use of licence suspensions, penalties and remedial programs.

[3] In the first appeal, Richard Goodwin, who was issued a driving prohibition pursuant to this new ARP scheme, asks this Court to decide whether it oversteps the bounds of provincial legislative competence and invades the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law (the Goodwin appeal). Mr. Goodwin further asks for a determination of whether the provincial regime engages and violates the presumption of innocence guaranteed by s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second appeal was brought by British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia (collectively the Province) and questions whether the ARP regime engages and violates the protection against

Version française du jugement des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les conséquences dévastatrices de la conduite avec facultés affaiblies se font sentir dans toute la société canadienne. La conduite avec facultés affaiblies rend les routes dangereuses, détruit des vies et entraîne des coûts pour l'ensemble du système de santé. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont tous fait face à ce danger pressant. Le gouvernement fédéral a érigé en infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la conduite avec facultés affaiblies et la conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Partout au Canada, les gouvernements provinciaux se sont également attaqués à cet enjeu par leurs dispositions législatives régissant la délivrance des permis de conduire.

[2] En 2010, la Colombie-Britannique a créé le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC). Ce régime représente le prolongement des efforts déployés depuis longtemps par la Colombie-Britannique pour chasser les conducteurs aux facultés affaiblies de ses routes par l'imposition de suspensions de permis, de sanctions et de programmes correctifs.

[3] Dans le premier pourvoi, Richard Goodwin, qui a été condamné à une interdiction de conduire en application de ce nouveau RIAC, prie la Cour de décider s'il excède la compétence législative de la province et empiète sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel (le pourvoi de M. Goodwin). Monsieur Goodwin nous demande aussi de déterminer si le régime provincial fait intervenir et viole la présomption d'innocence garantie par l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le deuxième pourvoi a été interjeté par la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) (« Surintendant ») et le procureur général de cette province (collectivement la Province). Il soulève la question de savoir si le

unreasonable search and seizure found in s. 8 (the Province appeal).

[4] As I will explain, I agree with the courts below. The ARP scheme is valid provincial legislation. Moreover, s. 11 of the *Charter* is not engaged as the provincial regime does not create an “offence”. However, I would uphold the chambers judge’s finding that the scheme as it was constituted from September 2010 to June 2012 violated the s. 8 rights of drivers subject to a roadside breath demand who subsequently registered a “fail” on the approved screening device (ASD), and is not saved by s. 1.

II. Judicial History

[5] Each of the drivers in the Province appeal received prohibitions under the ARP scheme in British Columbia. Jamie Chisholm, Carol Beam and Scott Roberts provided a breath sample into an ASD and registered a “fail”. Mr. Goodwin failed to provide an adequate breath sample. Each of the drivers was prohibited from driving for 90 days, had his or her vehicle impounded for 30 days, and was required to pay monetary penalties and fees. Three of the drivers were also referred to remedial programs, which the chambers judge found was a routine consequence imposed for blowing a “fail”.¹

[6] Before the Supreme Court of British Columbia, the petitioners argued that the ARP scheme (1) was *ultra vires* the province; (2) violated s. 11(d) of the *Charter*; (3) infringed s. 8 of the *Charter*; (4) violated s. 10(b) of the *Charter*; and (5) such violations were not justified under s. 1 of the *Charter*.

[7] The chambers judge, Sigurdson J., found that the ARP scheme is *intra vires* — within the legislative

RIAC fait intervenir et viole la protection offerte par l’art. 8 contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives (le pourvoi de la Province).

[4] Comme je l’expliquerai, je suis d’accord avec les tribunaux d’instance inférieure. Le RIAC constitue de la législation provinciale valide. Qui plus est, l’art. 11 de la *Charte* n’entre pas en jeu puisque le régime provincial ne crée pas une infraction. Je suis toutefois d’avis de confirmer la conclusion du juge en chambre selon laquelle le régime en vigueur de septembre 2010 à juin 2012 violait les droits garantis par l’art. 8 aux conducteurs sommés de répondre à une demande d’alcooltest qui ont obtenu par la suite le résultat « échec » sur l’appareil de détection approuvé (ADA), et n’était pas sauvegardé par l’article premier.

II. Historique judiciaire

[5] Chacun des conducteurs en cause dans le pourvoi de la Province a été condamné à une interdiction de conduire en application du RIAC en Colombie-Britannique. Jamie Chisholm, Carol Beam et Scott Roberts ont fourni un échantillon d’haleine dans un ADA et ont échoué au test. Monsieur Goodwin n’a pas fourni un échantillon d’haleine adéquat. Chacun des conducteurs a été condamné à une interdiction de conduire pendant 90 jours et a été contraint de payer des amendes et des frais. Leur véhicule a également été saisi pendant 30 jours. Trois des conducteurs ont aussi été contraints de participer à un programme correctif qui, selon le juge en chambre, est une sanction systématiquement imposée aux conducteurs ayant échoué au test¹.

[6] Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les requérants ont fait valoir que le RIAC (1) excédait la compétence de la province; (2) violait l’al. 11d) de la *Charte*; (3) contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*; (4) violait l’al. 10b) de la *Charte*; et que (5) ces violations n’étaient pas justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*.

[7] Selon le juge en chambre Sigurdson, le RIAC relève de la compétence législative de la province, et

¹ R.F. (B.C.), at para. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 (“chambers judge’s reasons”).

¹ m.i. (C.-B.), par. 27; 2011 BCSC 1639, 27 B.C.L.R. (5th) 229 (« motifs du juge en chambre »).

competence of — the province and that ss. 11(d) and 10(b) are not ultimately infringed. However, he concluded that the ARP scheme violates s. 8 of the *Charter*. He subsequently clarified that the s. 8 infringement arises only from the screening device registering a “fail” reading over 0.08, and not from a refusal to provide a breath sample. The chambers judge declared the infringing part of the ARP scheme invalid, and suspended the declaration until June 30, 2012: 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. His decision was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal: *Sivia v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. The Provincial Legislative Scheme

[8] British Columbia has had an administrative driving prohibition (ADP) scheme since 1997, as ss. 94.1 to 94.6 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Under this earlier regime, which remains in force, police officers are required to serve a notice of driving prohibition where they have reasonable and probable grounds, on the basis of a breath or blood analysis, to believe that the driver of a motor vehicle has a blood alcohol concentration of more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood: *MVA*, s. 94.1(1). In practice, the grounds for serving a notice of prohibition under the ADP arise from breath analysis by an approved instrument (also known as a breathalyser) conducted at a police station: chambers judge’s reasons, at para. 55. A notice of driving prohibition served under this scheme takes effect 21 days later, for a duration of 90 days: *MVA*, s. 94.2(1). The same consequences follow where a driver fails or refuses, without reasonable excuse, to provide a breath sample: *MVA*, s. 94.1(1)(b).

[9] This scheme is similar to other provincial schemes across the country.² It was upheld as constitutional, as regards both division of powers and s. 7

il n’y a pas, en fin de compte, atteinte aux al. 11d) et 10b). Il a toutefois conclu que le RIAC viole l’art. 8 de la *Charte*. Il a subséquemment précisé qu’il y a atteinte à l’art. 8 seulement lorsque le résultat affiché par l’appareil de détection est supérieur à 0,08 et non lorsqu’il y a refus de fournir un échantillon d’haleine. Le juge en chambre a déclaré invalide la partie attentatoire du RIAC et a suspendu la déclaration d’invalidité jusqu’au 30 juin 2012 : 2011 BCSC 1783, 249 C.R.R. (2d) 368. Sa décision a été confirmée en appel par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Sivia c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2014 BCCA 79, 55 B.C.L.R. (5th) 1.

III. Le régime législatif provincial

[8] La Colombie-Britannique avait instauré un régime d’interdiction administrative de conduire (IAC) en 1997, constitué des art. 94.1 à 94.6 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318 (*MVA*). Selon ce régime plus ancien, qui est toujours en vigueur, les policiers sont tenus de signifier un avis d’interdiction de conduire lorsqu’ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, sur le fondement d’une analyse d’haleine ou de sang, que le conducteur d’un véhicule à moteur a une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes d’alcool par 100 millilitres de sang : *MVA*, par. 94.1(1). Dans les faits, les motifs justifiant la signification d’un avis d’interdiction en application du régime d’IAC découlent d’une analyse d’haleine effectuée au moyen d’un instrument approuvé (aussi connu sous le nom d’alcooltest) dans un poste de police : motifs du juge en chambre, par. 55. L’avis d’interdiction de conduire signifié en application de ce régime prend effet 21 jours plus tard, pour une durée de 90 jours : *MVA*, par. 94.2(1). Les mêmes conséquences s’ensuivent lorsqu’un conducteur omet ou refuse, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d’haleine : *MVA*, al. 94.1(1)(b).

[9] Ce régime est similaire à d’autres régimes provinciaux au pays². Il a été déclaré constitutionnel, tant au regard du partage des pouvoirs qu’au regard

² See *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 277.2 et seq.; and *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, ss. 202.4 et seq.

² Voir *Highway Traffic Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, art. 277.2 et suiv.; *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, art. 202.4 et suiv.

of the *Charter*, in *Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] The introduction of the new ARP scheme in 2010 marked a shift in British Columbia's approach to the regulation of drunk driving. Instead of relying on the use of breathalyser tests at the police station, driving prohibitions would now be issued following a roadside analysis, using an ASD. While a "fail" reading captures the same blood alcohol concentration that triggers a prohibition under the ADP scheme, a concentration of 0.05 to 0.08, detected through a "warn" reading, would now also result in the issuing of a roadside suspension, although for a shorter duration. Similar to the earlier scheme, a "fail" reading and a driver's refusal or failure to provide a sample both result in a 90-day suspension: *MVA*, s. 215.43(2). A "warn" reading results in a shorter suspension of between 3 and 30 days, depending on whether the driver has previously been served with a prohibition: *MVA*, s. 215.43(1). All prohibitions take effect immediately upon being served on a driver: *MVA*, ss. 215.41(6) and 215.43(3).

[11] Unlike the earlier ADP, the ARP scheme imposes additional consequences beyond the normal costs associated with the prohibition itself, such as a reinstatement fee. The chambers judge found that a driver who registers a "fail" or fails to provide a sample faces penalties and costs totalling over \$4,000, in addition to the 90-day suspension: para. 56. Drivers subject to a 30 or 90 day suspension also face mandatory vehicle impoundment: *MVA*, s. 215.46(2).

[12] The ARP scheme as enacted in 2010 also differs from the predecessor regime with respect to the scope of available review. The ADP scheme would permit the Superintendent of Motor Vehicles to consider whether a driver's blood alcohol concentration was in fact above 0.08, whereas the ARP scheme

de l'art. 7 de la *Charte*, dans l'arrêt *Buhlers c. Superintendent of Motor Vehicles (B.C.)*, 1999 BCCA 0114, 119 B.C.A.C. 207.

[10] L'introduction du nouveau RIAC en 2010 a marqué un tournant dans la méthode employée par la Colombie-Britannique pour réglementer la conduite en état d'ébriété. Plutôt que d'être fondées sur les résultats de l'alcootest obtenus au poste de police, les interdictions de conduire seraient désormais imposées à la suite d'une analyse effectuée lors d'un contrôle routier au moyen d'un ADA. Bien que le résultat « échec » corresponde à l'alcoolémie qui débouche sur une interdiction en application du régime d'IAC, un taux de 0,05 à 0,08 détecté par le résultat « avertissement » entraînerait désormais aussi une suspension de permis, mais pour une durée plus courte. Tout comme dans le cas du régime précédent, le résultat « échec » ainsi que le refus ou l'omission du conducteur de fournir un échantillon entraînent tous deux une suspension de 90 jours : *MVA*, par. 215.43(2). Le résultat « avertissement » se traduit par une suspension plus courte de 3 à 30 jours, selon que le conducteur ait précédemment reçu signification d'une interdiction : *MVA*, par. 215.43(1). Toutes les interdictions prennent effet immédiatement après leur signification au conducteur : *MVA*, par. 215.41(6) et 215.43(3).

[11] Contrairement au premier régime d'IAC, le RIAC impose d'autres sanctions en plus des coûts habituels associés à l'interdiction elle-même, comme le droit de rétablissement. D'après le juge en chambre, le conducteur qui échoue au test ou qui ne fournit pas d'échantillon s'expose à des sanctions et à des frais totalisant plus de 4 000 \$, auxquels s'ajoute la suspension de 90 jours : par. 56. Les conducteurs qui font l'objet d'une suspension de 30 ou de 90 jours s'exposent en outre à la saisie obligatoire du véhicule : *MVA*, par. 215.46(2).

[12] Le RIAC établi en 2010 diffère également de son prédécesseur en ce qui a trait à l'étendue du contrôle. Le régime d'IAC permettait au Surintendant d'examiner si l'alcoolémie du conducteur était bel et bien supérieure à 0,08, alors que le RIAC limitait les motifs de contrôle aux questions de savoir

limited the grounds of review to whether the applicant was a driver, whether (in the case of a “warn”) the prohibition was in fact a subsequent prohibition, and, whether the approved screening device registered a “warn” or a “fail”, or alternatively, whether the driver failed or refused, without reasonable excuse, to provide a breath sample: chambers judge’s reasons, at para. 57; *MVA*, s. 215.5.

[13] The scheme was amended in 2012 subsequent to the chamber judge’s decision, and now requires that a police officer inform a driver of her right to request and be provided a second ASD test, and, where two samples are provided, the lower of the two results is the basis for a driving prohibition: *MVA*, s. 215.42. It also expands the grounds on which a driver may challenge a prohibition: *MVA*, s. 215.5. Under the amended ARP scheme, the police officer’s report to the Superintendent must be sworn, and police must now provide the Superintendent with information relating to the calibration of the ASD: *MVA*, s. 215.47. These amendments are not challenged in these appeals.

IV. Issues

[14] The appeals raise four constitutional issues. The first is a matter of the division of powers between the federal and provincial governments: Is the ARP scheme as enacted in 2010 *ultra vires* British Columbia as being exclusively within the federal government’s criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[15] If the ARP scheme is within British Columbia’s legislative competence, the remaining issues concern its compliance with ss. 8 and 11(d) of the *Charter*.³ If the legislative scheme infringes either of these *Charter* rights, this Court must also determine whether the infringement is a reasonable limit justified under s. 1.

³ The s. 10(b) issue was not appealed.

si la personne était en fait un conducteur, si (dans le cas d’un « avertissement ») l’interdiction était en fait une interdiction subséquente et si l’appareil de détection approuvé affichait un « avertissement » ou un « échec » ou, subsidiairement, si le conducteur avait omis ou refusé, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon d’haleine : motifs du juge en chambre, par. 57; *MVA*, art. 215.5.

[13] Le régime a été modifié en 2012, après la décision du juge en chambre, et il exige désormais que le policier informe le conducteur de son droit de demander une deuxième analyse faite au moyen d’un ADA et d’en obtenir une. Lorsque deux échantillons sont fournis, le plus faible résultat des deux analyses sert de fondement à l’interdiction de conduire : *MVA*, art. 215.42. Le régime élargit aussi les motifs pour lesquels un conducteur peut contester une interdiction : *MVA*, art. 215.5. Suivant le RIAC modifié, le rapport que le policier remet au Surintendant doit être fait sous serment, et la police doit désormais lui fournir des renseignements sur le calibrage de l’ADA : *MVA*, art. 215.47. Ces modifications ne sont pas contestées en l’espèce.

IV. Questions en litige

[14] Les pourvois soulèvent quatre questions constitutionnelles. La première touche le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : le RIAC, tel qu’il a été établi en septembre 2010, outre-passe-t-il la compétence de la Colombie-Britannique parce qu’il relève exclusivement de la compétence en matière de droit criminel que confère au gouvernement fédéral le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[15] Si le RIAC ressortit à la compétence législative de la Colombie-Britannique, les autres questions portent sur sa conformité à l’art. 8 et à l’al. 11(d) de la *Charte*.³ Si le régime législatif porte atteinte à l’un ou l’autre de ces droits garantis par la *Charte*, la Cour doit également décider si cette atteinte constitue une limite raisonnable justifiée au sens de l’article premier.

³ La question de l’al. 10(b) n’a pas été portée en appel.

V. AnalysisA. *Is the ARP Scheme Ultra Vires the Province?*

[16] Under the *Constitution Act, 1867*, the federal government exercises exclusive jurisdiction over the criminal law and procedure (s. 91(27)), while each province exercises exclusive jurisdiction over property and civil rights in the province (s. 92(13)).

[17] Mr. Goodwin argues that the ARP scheme is *ultra vires* the Province of British Columbia, as its pith and substance is to replace the *Criminal Code*'s impaired driving provisions with a regime of automatic and severe penalties. He asserts that the purpose of the scheme is punitive, as it seeks to reduce enforcement costs by removing procedural rights. Its practical effect, he submits, is to oust the criminal law.

[18] The Province counters that the ARP scheme is a valid exercise of the Province's jurisdiction to legislate in the area of property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. In the Province's view, *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, and this Court's other decisions confirming the validity of provincial impaired driving regimes provide a complete answer to the drivers' claim that the ARP scheme is *ultra vires*.

[19] Mr. Goodwin says that this case should be distinguished from *Egan* and other decisions upholding provincial regimes. Those regimes, he says, were intended to create a parallel scheme of licensing, not to impact the application and enforcement of the *Criminal Code*. By contrast, the ARP scheme creates both the penalties and the means to investigate who should be penalized, effectively removing the more onerous and protective processes associated with criminal investigations and prosecutions: chambers judge's reasons, at paras. 69-73.

V. AnalyseA. *Le RIAC excède-t-il la compétence de la province?*

[16] Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral exerce une compétence exclusive sur la loi criminelle et la procédure en matière criminelle (par. 91(27)), tandis que chaque province exerce une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils à l'intérieur de son territoire (par. 92(13)).

[17] Monsieur Goodwin fait valoir que le RIAC excède la compétence de la province de la Colombie-Britannique puisque, de par son caractère véritable, il vise à remplacer les dispositions du *Code criminel* en matière de conduite avec facultés affaiblies par un régime de sanctions automatiques et lourdes. Il affirme que l'objectif du régime est punitif, car il vise à réduire les frais d'application de la loi en supprimant des droits procéduraux. Toujours selon M. Goodwin, le régime a pour effet pratique d'écarter le droit criminel.

[18] La Province réplique que le RIAC constitue un exercice valable de son pouvoir de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après la Province, l'arrêt *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, ainsi que les autres arrêts de la Cour qui confirment la validité des régimes provinciaux régissant la conduite avec facultés affaiblies, répondent entièrement à la prétention des conducteurs selon laquelle le RIAC est *ultra vires*.

[19] Monsieur Goodwin affirme qu'il faudrait établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *Egan* ainsi que les autres arrêts confirmant les régimes provinciaux. Ces régimes visaient, dit-il, à créer un mécanisme parallèle de délivrance de permis, et non à influencer sur l'application du *Code criminel*. À l'opposé, le RIAC prévoit à la fois les sanctions et les moyens de déterminer qui devrait être puni, supprimant ainsi les formalités plus lourdes et protectrices associées aux enquêtes et aux poursuites criminelles : motifs du juge en chambre, par. 69-73.

[20] This argument was rejected in the courts below. For the reasons that follow, I agree. Mr. Goodwin misapprehends the nature of the division of power analysis. While purpose and effect are relevant considerations, neither is determinative. A proper analysis considers both purpose and effect in order to determine first what the “matter” of the legislation is, and second whether the “matter” falls within a head of provincial power.

[21] The “matter” of a law is its true character — that is, its pith and substance: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 481. The law’s purpose and its legal and practical effects can help identify the matter: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20.

[22] The core of Mr. Goodwin’s submission is that the ARP scheme is nothing more than crime control dressed up as licensing. In his view, the Province’s purpose in enacting this scheme was to provide a criminal law response to drunk driving without engaging the *Charter* and its attendant procedural protections: A.F. (Goodwin), at paras. 74-78.

[23] This is essentially an argument that the ARP scheme is a colourable attempt at invading the federal criminal law. Of course, it is the substance and not the form of the law that defines its true character. As this Court emphasized in *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, courts must take care “not to endorse a ‘colourable’ statute, that is, one that in form appears to relate to a matter within the legislative competence of the enacting order of government, but in substance addresses a matter falling outside its competence”: para. 31; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 15-19; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

[20] Cet argument a été rejeté par les tribunaux d’instance inférieure. Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Monsieur Goodwin se méprend sur la nature de l’analyse du partage des compétences. Bien que l’objectif et l’effet soient des facteurs pertinents, ni l’un ni l’autre n’est déterminant. Pour effectuer une analyse adéquate, il convient d’étudier l’objectif et l’effet de la loi pour en identifier d’abord la « matière » et, ensuite, d’examiner si cette « matière » relève d’un chef de compétence provinciale.

[21] La « matière » d’une loi est son caractère véritable : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481. L’objet de la loi et ses effets juridiques et concrets peuvent aider à en identifier la matière : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20.

[22] Monsieur Goodwin soutient principalement que le RIAC ne vise qu’à réprimer la criminalité sous le couvert d’un régime de délivrance de permis. À son avis, en adoptant ce régime, la Province avait pour objectif de s’attaquer à l’ivresse au volant par le droit criminel sans mettre en cause la *Charte* et les mesures de protection procédurales qui en découlent : m.a. (Goodwin), par. 74-78.

[23] Il affirme essentiellement que le RIAC est une tentative déguisée d’empiéter sur le droit criminel fédéral. Bien entendu, c’est le fond et non la forme de la loi qui définit son caractère véritable. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, les tribunaux doivent prendre garde « de donner leur aval à une loi “déguisée”, c’est-à-dire une loi qui, de par sa forme, semble porter sur une matière ressortissant à la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, mais qui traite au fond d’une matière dépassant sa compétence » : par. 31; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-19; *Renvoi relatif à l’Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

[24] However, whether or not an impugned law is alleged to be colourable, the fundamental pith and substance analysis remains the same. The impact of provincial legislation on *Charter* rights may be relevant to this analysis, but it is not determinative. This Court has cautioned that the purpose of legislation cannot be confused with the means chosen to carry out the purpose: *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25. The fact that the means used to achieve a provincial purpose may engage different, or fewer, *Charter* protections than the means used to achieve a related federal purpose does not necessarily imply that the provincial purpose was to avoid or undermine *Charter* protections.

[25] I agree with the chambers judge that the Province's purpose in enacting the ARP scheme was not to oust the criminal law, but rather to prevent death and serious injury on public roads by removing drunk drivers and deterring impaired driving. The ARP scheme is part of the MVA, which establishes a regulatory regime setting the terms and conditions of driver licensing in British Columbia. It continues British Columbia's ongoing efforts to stem the tide of drunk-driving related incidents in the province. The ARP scheme was introduced "as a means of reducing the body count on B.C.'s highways" in the face of an increase in drunk-driving accidents and deaths: British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 1, 2nd Sess., 39th Parl., April 27, 2010, at p. 4871, per Hon. M. de Jong. Although Mr. Goodwin argues that such statements conceal the scheme's true purpose of removing drivers' procedural rights, both the legislative history and the statutory scheme support finding that the ARP scheme was enacted to enhance highway safety.

[26] Mr. Goodwin also challenges the ARP scheme on the basis that its legal and practical effects go beyond British Columbia's constitutional

[24] Cependant, que l'on prétende ou non qu'une loi contestée est déguisée, l'analyse de son caractère véritable demeure la même. L'incidence de la loi provinciale sur les droits garantis par la *Charte* peut être pertinente dans cette analyse, mais elle n'est pas déterminante. La Cour a averti qu'on ne saurait confondre l'objet d'une loi et les moyens choisis pour réaliser l'objet : *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25. La possibilité que les moyens employés pour atteindre un objectif provincial fassent entrer en jeu des protections conférées par la *Charte* différentes ou moins nombreuses que dans le cas des moyens utilisés pour réaliser l'objectif fédéral connexe n'implique pas nécessairement que l'objectif provincial était d'échapper à ces protections ou de les miner.

[25] À l'instar du juge en chambre, j'estime que la Province, en instaurant le RIAC, avait pour objectif non pas d'écarter le droit criminel, mais plutôt d'empêcher les décès et les blessures graves sur les chemins publics en en chassant les conducteurs en état d'ébriété et en décourageant la conduite avec facultés affaiblies. Le RIAC fait partie de la MVA, qui établit un régime réglementaire fixant les modalités et conditions de la délivrance des permis de conduire en Colombie-Britannique. Il s'inscrit dans la foulée des efforts déployés constamment par la Colombie-Britannique pour endiguer la vague d'incidents liés à l'ivresse au volant dans la province. Le RIAC a été mis en place [TRADUCTION] « comme moyen de réduire les pertes de vie sur les routes de la Colombie-Britannique » en raison d'une augmentation du nombre d'accidents et de décès causés par l'ivresse au volant : Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 1, 2^e sess., 39^e lég., 27 avril 2010, p. 4871, l'hon. M. de Jong. Malgré les prétentions de M. Goodwin selon lesquelles ces déclarations dissimulent l'objet véritable du régime d'éliminer les droits procéduraux des conducteurs, l'historique législatif et le régime législatif permettent de conclure que le RIAC a été instauré pour accroître la sécurité routière.

[26] Monsieur Goodwin conteste également le RIAC au motif que ses effets juridiques et concrets vont au-delà des pouvoirs constitutionnels de la

powers. In Mr. Goodwin's view, the penalties under the ARP scheme are the "toughest" in Canada, thus giving the scheme a punitive character, one properly associated with the criminal law. However, the imposition of significant financial penalties and the loss of important privileges do not necessarily make legislation punitive. The legal effects can act as a deterrent to serve the goal of highway safety. Both are compatible with a regulatory licensing regime.

[27] In terms of practical effects, Mr. Goodwin submits that the ARP scheme ousts the criminal law. Noting this Court's admonition at para. 40 of *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, that the province can legislate "so long as those measures are taken in relation to a head of provincial competence and do not compromise the proper functioning of the *Criminal Code*", he relies on evidence suggesting that, since the introduction of the ARP regime, the police have chosen to enforce the provincial ARP scheme instead of the federal criminal law sanctions against impaired driving. This, he argues, differentiates those provincial schemes that complement the criminal provisions from the ARP scheme, which supplants the criminal provisions.

[28] As the chambers judge noted, the fact that the police have tended to enforce the provincial ARP scheme rather than the criminal law is certainly a factor to consider in the pith and substance analysis. However, it is not determinative. As this Court noted in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, the common law duties of police include the protection of life and property and "the duty to control traffic on the public roads": p. 12. Police officers have responsibility both for enforcing the criminal law and for seeking to maintain safety on the roads through the enforcement of provincial highway safety laws. The fact that they exercise their discretion to enforce one of these laws rather than another is consistent with police discretion generally. Such discretion is essential, allowing officers to apply the law to real world situations in a fair manner: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 3. A provincial enactment that allows police

Colombie-Britannique. À son avis, les sanctions prévues par le RIAC sont les [TRADUCTION] « plus sévères » au Canada, ce qui confère au régime un caractère punitif que l'on associe à juste titre au droit criminel. Toutefois, l'imposition de sanctions pécuniaires élevées et la perte de privilèges importants ne rendent pas forcément la loi punitive. Les conséquences juridiques peuvent servir de moyens de dissuasion pour réaliser l'objectif de sécurité routière. Les deux sont compatibles avec un régime de délivrance de permis réglementaire.

[27] Pour ce qui est des effets concrets, M. Goodwin soutient que le RIAC écarte le droit criminel. Signalant la mise en garde de la Cour au par. 40 de l'arrêt *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, selon laquelle la province peut légiférer « pour autant que ces mesures soient permises sous un chef de compétence provincial et ne portent pas atteinte à l'application du *Code criminel* », il s'appuie sur des éléments de preuve tendant à indiquer que, depuis l'établissement du RIAC, la police a choisi d'appliquer ce régime provincial plutôt que les sanctions prévues par le droit criminel fédéral contre la conduite avec facultés affaiblies. Selon lui, cela différencie les régimes provinciaux qui complètent les dispositions criminelles du RIAC, qui supplantent ces dispositions.

[28] Comme l'a signalé le juge en chambre, le fait que la police tend à appliquer le RIAC provincial plutôt que le droit criminel est certainement un facteur à prendre en compte dans l'analyse du caractère véritable. Or, ce facteur n'est pas déterminant. Comme l'a relevé la Cour dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, les devoirs qu'a la police selon la common law comprennent la protection de la vie des personnes et des biens et « l'obligation de surveiller la circulation sur les routes » : p. 12. Les policiers sont chargés d'appliquer le droit criminel et de maintenir la sécurité sur les routes en appliquant les lois provinciales en matière de sécurité routière. Le fait qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer une de ces lois plutôt qu'une autre est conforme au pouvoir discrétionnaire de la police en général. Ce pouvoir discrétionnaire est essentiel puisqu'il permet aux policiers d'appliquer le droit aux situations concrètes de manière équitable : *R. c.*

to make a discretionary decision about whether to enforce the *Criminal Code* or the *MVA* in particular circumstances is not one that “compromise[s] the proper functioning of the *Criminal Code*”: see *Chatterjee*, at para. 40.

[29] At the end of the day, the purposes and effects of a law must be considered together, rather than in isolation, to determine its pith and substance. No doubt the ARP scheme has incidental impacts on criminal law. No doubt it targets, in part, specific criminal activity and imposes serious consequences, without the protections attendant on criminal investigations and prosecutions. However, the consequences relate to the regulation of driving privileges. In my view, the chambers judge was correct in characterizing the pith and substance of the ARP scheme as “the licensing of drivers, the enhancement of highway traffic safety, and the deterrence of persons from driving on highways when their ability is impaired by alcohol”: chambers judge’s reasons, at para. 74.

[30] Once the matter has been identified, the next step consists of classifying the legislation or provision in relation to the division of legislative power in the Constitution. This will establish whether it is within the legislative competence of the enacting level of government.

[31] A long line of jurisprudence establishes the scope of provincial legislative power regarding the regulation of highway traffic. Since *Egan*, this Court has recognized that provinces may legislate regarding drunk driving pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*: see, e.g., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. As this Court underlined in *Chatterjee*, “[d]runk drivers create public safety hazards on provincial highways and their accidents impose costs by way of examples on the provincial health system and provincial police and highway services”: para. 41. Provinces thus have an important role in ensuring highway safety, which includes

Beaudry, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 3. Un texte de loi provincial qui permet aux policiers de prendre la décision discrétionnaire d’appliquer soit le *Code criminel*, soit la *MVA* dans une situation particulière n’en est pas un qui « port[e] [. . .] atteinte à l’application du *Code criminel* » : voir *Chatterjee*, par. 40.

[29] En définitive, il faut examiner les objectifs et les effets d’une loi ensemble plutôt qu’isolément pour déterminer son caractère véritable. Il ne fait aucun doute que le RIAC a des répercussions indirectes sur le droit criminel. Il vise sans aucun doute, en partie, une activité criminelle précise et impose de lourdes sanctions, sans offrir les protections inhérentes aux enquêtes et aux poursuites criminelles. Toutefois, les sanctions se rapportent à la réglementation des privilèges du conducteur. À mon avis, le juge en chambre a décrit avec raison le caractère véritable du RIAC comme [TRADUCTION] « la délivrance de permis de conduire, le renforcement de la sécurité routière et le fait de dissuader les gens de conduire sur les routes avec les facultés affaiblies par l’alcool » : motifs du juge en chambre, par. 74.

[30] Une fois la matière identifiée, la prochaine étape consiste à classer la loi ou la disposition au regard du partage des pouvoirs législatifs prévu dans la Constitution. Cela permettra d’établir si la loi ou la disposition relève de la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée.

[31] Un long courant jurisprudentiel établit l’étendue de la compétence législative provinciale en matière de réglementation de la circulation routière. Depuis l’arrêt *Egan*, la Cour reconnaît aux provinces le droit de légiférer à propos de la conduite en état d’ébriété en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir, p. ex., *Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Chatterjee*, « [l]es conducteurs en état d’ébriété sont des dangers pour la sécurité publique sur les routes provinciales, et leurs accidents entraînent des coûts, par exemple pour les systèmes de santé provinciaux, la police provinciale et les services routiers » : par. 41.

regulating who is able to drive and removing dangerous drivers from the roads.

[32] Provincial drunk-driving programs and the criminal law will often be interrelated. Some provincial schemes have relied incidentally on criminal convictions: see *Egan* and *Ross*. A number of provincial courts of appeal have also upheld schemes that are not dependent on criminal convictions but rely incidentally on *Criminal Code* provisions: *Buhlers*; *Gonzalez v. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). This jurisprudence makes clear that a provincial statute will not invade the federal power over criminal law merely because its purpose is to target conduct that is also captured by the *Criminal Code*.

[33] This is consistent with the modern approach to federalism, which recognizes that areas of overlapping powers are unavoidable: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 42. As this Court has noted, courts should favour “the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government” where it is possible to do so: *ibid.*, at para. 37 (emphasis in original). It is also of some import that the Attorney General of Canada intervenes to argue that this law is within provincial legislative authority: I.F., at para. 12. Where an Attorney General has intervened to support the exercise of jurisdiction of another legislature, this “invite[s] the Court to exercise caution before it finds that the impugned provisions of the Act are *ultra vires* the province”: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 73; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20.

Les provinces jouent donc un rôle important quand elles assurent la sécurité routière, notamment en décidant qui est en mesure de conduire et en chassant les conducteurs dangereux des routes.

[32] Les programmes provinciaux de lutte contre la conduite en état d’ébriété et le droit criminel sont souvent interreliés. Certains régimes provinciaux reposaient de façon accessoire sur des déclarations de culpabilité au criminel : voir *Egan* et *Ross*, précités. Plusieurs cours d’appel provinciales ont aussi confirmé des régimes qui, au lieu de dépendre de déclarations de culpabilité, sont fondés accessoirement sur des dispositions du *Code criminel* : *Buhlers*; *Gonzalez c. Driver Control Board (Alta.)*, 2003 ABCA 256, 330 A.R. 262; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.). Il ressort clairement de cette jurisprudence qu’une loi provinciale n’empiète pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel du seul fait qu’elle a pour objet de cibler une conduite qui est également visée par le *Code criminel*.

[33] Cette jurisprudence est conforme à la conception moderne du fédéralisme, laquelle reconnaît les inévitables chevauchements de compétences : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 42. Comme l’a fait remarquer la Cour, les tribunaux devraient privilégier, dans la mesure du possible, « l’application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement » : *ibid.*, par. 37 (en italique dans l’original). Il importe également de préciser que le procureur général du Canada intervient pour faire valoir que cette loi relève de la compétence législative provinciale : m.i., par. 12. Lorsqu’un procureur général intervient pour appuyer l’exercice de la compétence d’une autre législature, « la Cour devrait se montrer prudente avant de conclure que les dispositions contestées excèdent la compétence de la province » : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 73; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20.

[34] The chambers judge reviewed the evidence and concluded that “there is a legitimate, substantial and pressing reason for the Province to regulate highway safety and the licensing of drivers to remove impaired drivers from the roads”: chambers judge’s reasons, at para. 84. I agree. The chambers judge concluded that the pith and substance of the ARP scheme is the licensing of drivers, the enhancement of traffic safety and the deterrence of persons from driving while impaired by alcohol. Again, I agree. While the ARP scheme represents a more aggressive approach by the Province than the ADP scheme, it nonetheless retains its character. As this Court noted in *Chatterjee*, deterrence can be a purpose of provincial law: para. 3. There can be no doubt that the matter falls within the provincial power over property and civil rights in the province. From a division of powers standpoint, the legislation is valid.

B. Does the ARP Scheme Create an “Offence” Within the Meaning of Section 11 of the Charter?

[35] Section 11 of the *Charter* guarantees certain procedural protections to individuals charged with an offence. Section 11(d) provides:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[36] The chambers judge concluded that the ARP scheme does not create an offence within the meaning of s. 11(d). The Court of Appeal upheld that decision.

[37] Mr. Goodwin submits that the ARP scheme both engages and infringes his rights under s. 11(d) of the *Charter*. He argues that the test for an “offence” under s. 11 must be purposive; the form of

[34] Le juge en chambre a examiné la preuve et conclu que [TRADUCTION] « la Province a des motifs légitimes, sérieux et urgents de réglementer la sécurité routière et la délivrance de permis de conduire afin de chasser les conducteurs aux facultés affaiblies des routes » : motifs du juge en chambre, par. 84. Je partage son avis. Le juge en chambre a conclu que le RIAC, de par son caractère véritable, vise à délivrer des permis de conduire, à renforcer la sécurité routière et à dissuader les gens de conduire avec les facultés affaiblies par l’alcool. Là encore, je suis d’accord. Bien que le RIAC constitue une mesure provinciale plus musclée que le régime d’IAC, il conserve néanmoins son caractère. Comme l’a fait remarquer la Cour dans *Chatterjee*, la dissuasion peut être un objectif du droit provincial : par. 3. Il ne fait aucun doute que la matière relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province. Du point de vue du partage des pouvoirs, la loi est valide.

B. Le RIAC crée-t-il une infraction visée par l’art. 11 de la Charte?

[35] L’article 11 de la *Charte* garantit certaines mesures de protection procédurales aux inculpés. Il prévoit ce qui suit à son al. d) :

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

[36] Le juge en chambre a conclu que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l’al. 11d). La Cour d’appel a confirmé cette décision.

[37] Monsieur Goodwin soutient que le RIAC fait intervenir ses droits garantis par l’al. 11d) de la *Charte* et y porte atteinte. Il affirme que le critère servant à déterminer s’il existe une infraction visée

proceedings should not be given undue weight; and the analysis should focus on whether the law's effects engage the public interest in suppressing crime and promoting public order and welfare: A.F., at paras. 88 and 91. In his view, the lower courts applied the analytical guide set out by this Court in *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, in a formalistic way. Properly understood, Mr. Goodwin argues, the purpose of crime suppression engages s. 11 in hybrid regimes like the ARP scheme. He argues that the cumulative impact of the penalties demonstrates that the ARP scheme creates an offence.

[38] For its part, the Province submits that this Court's decision in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, has already established that "proceedings undertaken to determine fitness to obtain or maintain a licence" are not offences under s. 11: p. 560. In its view, this is dispositive of the s. 11 issue. The ARP scheme is not by nature a penal or criminal proceeding and does not impose true penal consequences.

[39] I would not give effect to this ground of appeal. I agree with the courts below that the ARP scheme does not create an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*.

[40] This Court recently reviewed and reaffirmed the s. 11 analytical framework developed in *Wigglesworth* and *Martineau*: see *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3. In *Wigglesworth*, this Court concluded that s. 11 protections only apply to persons "prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted": p. 554. Writing for the majority, Wilson J. stated that a matter falls within s. 11 where "by its very nature it is a criminal proceeding" or where a conviction "may lead to a true penal consequence": p. 559. By contrast, administrative matters "instituted for the

par l'art. 11 doit être téléologique, qu'il ne faudrait pas accorder trop de poids à la forme des procédures et que l'analyse devrait être axée sur la question de savoir si les effets de la loi mettent en jeu l'intérêt public à réprimer la criminalité et à promouvoir l'ordre et le bien-être publics : m.a., par. 88 et 91. À son avis, les tribunaux d'instance inférieure ont appliqué d'une façon formaliste le guide d'analyse établi par la Cour dans *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737. Monsieur Goodwin estime que, lorsqu'on l'interprète correctement, l'objectif de répression de la criminalité fait intervenir l'art. 11 dans le cas des régimes hybrides comme le RIAC. Toujours selon lui, l'effet cumulatif des sanctions démontre que ce régime crée une infraction.

[38] Pour sa part, la Province soutient que la Cour a déjà établi, dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, que « les procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » ne constituent pas des infractions visées par l'art. 11 : p. 560. À son avis, cela règle la question de l'art. 11. Le RIAC n'est pas, de par sa nature même, une procédure pénale ou criminelle et n'impose pas de véritables conséquences pénales.

[39] Je suis d'avis de ne pas retenir ce moyen d'appel. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que le RIAC ne crée pas une infraction visée par l'art. 11 de la *Charte*.

[40] La Cour a récemment examiné et confirmé le cadre d'analyse fondé sur l'art. 11 établi dans les arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* : voir *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour a conclu que les mesures de protection de l'art. 11 s'appliquent uniquement aux personnes « que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces » : p. 554. S'exprimant au nom de la majorité, la juge Wilson a affirmé qu'une affaire relève de l'art. 11 lorsque, « de par sa nature même,

protection of the public in accordance with the policy of a statute” do not attract s. 11 protections: p. 560.

[41] While administrative and criminal proceedings both have public purposes, they are fundamentally different. Administrative regimes “are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity”: *Wigglesworth*, at p. 560. Criminal matters, on the other hand, are public in nature, and aim to redress the wrong done to society by applying the principles of retribution and denunciation in an open courtroom. In *Martineau*, Fish J. set out three factors to consider when determining whether a proceeding is criminal in nature:

To determine the nature of the proceeding, the case law must be reviewed in light of the following criteria: (1) the objectives of the [legislation]; (2) the purpose of the sanction; and (3) the process leading to imposition of the sanction. [para. 24]

[42] In my view, the chambers judge properly applied the *Wigglesworth* and *Martineau* considerations. While I agree that an offence is defined by both procedural and substantive elements, I cannot view a proceeding under the ARP as “by its very nature . . . a criminal proceeding”.

[43] The ARP scheme imposes a driving prohibition coupled with a monetary penalty. It is not concerned with addressing the harm done to society in a public forum; instead, its focus is on the regulation of drivers and licensing, and the maintenance of highway safety. Although it has a relationship with the criminal law, in the sense that it relies on *Criminal Code* seizure powers and is administered

il s’agit d’une procédure criminelle » ou lorsqu’une déclaration de culpabilité « est susceptible d’entraîner une véritable conséquence pénale » : p. 559. À l’opposé, les procédures de nature administrative « engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d’une loi » ne font pas intervenir les mesures de protection prévues à l’art. 11 : p. 560.

[41] Bien que les procédures criminelles et celles de nature administrative servent toutes deux des objectifs publics, elles sont fondamentalement différentes. Les régimes administratifs « sont principalement destiné[s] à maintenir la discipline, l’intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d’activité privée et limitée » : *Wigglesworth*, p. 560. Les poursuites criminelles, en revanche, sont de nature publique et visent à réparer le tort causé à la société en appliquant les principes du châtimement et de la réprobation en audience publique. Dans *Martineau*, le juge Fish a énoncé trois facteurs à prendre en compte au moment de déterminer si une procédure est de nature criminelle :

Pour déterminer la nature de la procédure, un examen de la jurisprudence sous l’éclairage des critères suivants s’impose : (1) les objectifs de la [loi]; (2) le but visé par la sanction; (3) le processus menant à la sanction. [par. 24]

[42] À mon sens, le juge en chambre a correctement appliqué les facteurs établis dans *Wigglesworth* et *Martineau*. Je reconnais qu’une infraction est définie tant par des éléments de procédure que des éléments de fond, mais je ne saurais considérer que la poursuite engagée en application du RIAC est, « de par sa nature même, [. . .] une procédure criminelle ».

[43] Le RIAC impose une interdiction de conduire de même qu’une sanction pécuniaire. Il ne vise pas à réparer en audience publique le tort causé à la société; il vise plutôt à encadrer les conducteurs et la délivrance de permis et à assurer la sécurité routière. Même si le régime a un lien avec le droit criminel, en ce sens qu’il dépend des pouvoirs de saisie prévus par le *Code criminel* et est appliqué par la police, il

by police, the scheme is more accurately characterized as a proceeding of an administrative nature. As the chambers judge noted, the proceedings arising under the ARP scheme do not take the form of prosecutions. No criminal records result. The proceedings are initiated by the drivers themselves. It is evident that the process is not criminal in the manner contemplated in *Martineau*: para. 45; see also *Guindon*, at paras. 63-65.

[44] Administrative regimes do not attract s. 11 protections: *Martineau*, at paras. 22-23. “This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area”: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 88.

[45] Nor are the consequences truly penal. While a 90-day suspension is a meaningful consequence for a licensing violation, and the approximately \$4,000 in possible costs and penalties are significant, they are not sufficient to engage the fair-trial rights embodied by s. 11 — rights that, after all, are some of the most fundamental in our legal system. I note that financial penalties considerably more severe than those at issue here have been found to not constitute true penal consequences: see, e.g., *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Whether such penalties amount to penal consequences must of course be assessed relative to the conduct in question and the regulatory objective. The driving prohibition relates directly to the regulatory terms and conditions under which a person may be licensed to drive. Vehicle impoundment is directly related to the removal of drivers from the road, and drivers may apply to the Superintendent for review, including on compassionate and economic hardship grounds: MVA, ss. 262 and 263. The

est plus exact de le qualifier de procédure de nature administrative. Comme l’a noté le juge en chambre, les procédures découlant du RIAC ne prennent pas la forme de poursuites pénales. Aucun casier judiciaire n’en résulte. Les procédures sont engagées par les conducteurs eux-mêmes. De toute évidence, le processus n’est pas de nature criminelle suivant les critères énoncés dans *Martineau* : par. 45; voir aussi *Guindon*, par. 63-65.

[44] Les régimes administratifs ne font pas intervenir les mesures de protection de l’art. 11 : *Martineau*, par. 22-23. « Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l’application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 88.

[45] Les conséquences ne sont pas non plus véritablement pénales. Bien qu’une suspension de 90 jours représente une conséquence importante pour quiconque viole un régime de permis, et que l’imposition potentielle d’environ 4 000 \$ en frais et sanctions soit sévère, ces conséquences ne sont pas suffisantes pour mettre en jeu les droits à un procès équitable consacrés à l’art. 11 — des droits qui, après tout, sont parmi les plus fondamentaux de notre système juridique. Je signale que des sanctions pécuniaires bien plus sévères que celles en cause dans la présente affaire n’ont pas été considérées comme de véritables conséquences pénales : voir, p. ex., *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *United States Steel Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 176; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295.

[46] Bien entendu, la question de savoir si de telles pénalités sont assimilables à des conséquences pénales doit être évaluée à l’aune du comportement en cause et de l’objectif de réglementation. L’interdiction de conduire se rapporte directement aux modalités et conditions réglementaires selon lesquelles une personne peut être autorisée à conduire. La saisie de véhicule est directement liée à l’objectif de débarrasser la route de certains conducteurs, et les conducteurs peuvent présenter une demande de révision au

fine is capped at \$500; *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, s. 43.09. The remaining costs are tied to the various remedial programs, including installation of an ignition interlock device, and are incidental to the scheme's objective of getting drivers and vehicles off the road. Such costs can hardly be considered to be penal, particularly when viewed in light of the public interest in removing a drunk driver from a roadway once detected.

[47] In summary, the ARP scheme does not create an “offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*. Thus, the protections of s. 11 are not engaged in this case.

C. *Does the ARP Scheme Infringe Section 8 of the Charter?*

[48] Section 8 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” This right is engaged where the state conducts a search or seizure that interferes with an individual’s reasonable expectation of privacy. The expectation of privacy is a normative concept, reflecting the level of privacy that we, as a society, should reasonably expect in a given circumstance: *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 44; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42. It is not merely a function of how much privacy a person may expect or enjoy with respect to their person, space or belongings. Where a search or seizure engages the protection of s. 8, a reviewing court must determine whether the search or seizure is reasonable. In this regard, (1) the search or seizure must be authorized by law, (2) the law itself must be reasonable, and (3) the search or seizure must be carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. It is argued that neither of the first two requirements is met in this case.

Surintendant, notamment pour des motifs de compassion et de difficultés financières : *MVA*, art. 262 et 263. L’amende est plafonnée à 500 \$: *Motor Vehicle Act Regulations*, B.C. Reg. 26/58, art. 43.09. Les autres frais sont liés aux divers programmes correctifs, y compris l’installation d’un antidémarrreur, et ils sont accessoires à l’objectif du régime qui consiste à chasser certains conducteurs et véhicules de la route. On peut difficilement considérer ces frais comme étant d’ordre pénal, surtout à la lumière de l’intérêt du public à ce qu’un conducteur en état d’ébriété, une fois identifié, ne puisse pas prendre la route.

[47] En somme, le RIAC ne crée pas une infraction visée par l’art. 11 de la *Charte*. Par conséquent, les mesures de protection de l’art. 11 n’entrent pas en jeu en l’espèce.

C. *Le RIAC porte-t-il atteinte à l’art. 8 de la Charte?*

[48] L’article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]ha-cun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Ce droit entre en jeu lorsque l’État fait une fouille, une perquisition ou une saisie qui porte atteinte à l’attente raisonnable d’une personne en matière de vie privée. L’attente en matière de vie privée est un concept normatif qui reflète le niveau de protection de la vie privée auquel nous devrions, en tant que société, raisonnablement nous attendre dans une situation donnée : *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 44; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42. Il ne s’agit pas simplement du degré de protection de la vie privée auquel un particulier peut s’attendre ou dont il peut jouir à l’égard de sa personne, de son espace ou de ses biens. Lorsqu’une fouille, une perquisition ou une saisie met en jeu la protection de l’art. 8, la cour de révision doit décider si la fouille, la perquisition ou la saisie est raisonnable. À cet égard, (1) la fouille, perquisition ou saisie doit être autorisée par la loi; (2) la loi elle-même doit n’avoir rien d’abusif; (3) la fouille, perquisition ou saisie ne doit pas être effectuée d’une manière abusive : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. On soutient que ni l’une ni l’autre des deux premières conditions n’est remplie en l’espèce.

(1) Is Section 8 Engaged?

[49] Section 215.41(3) of the *MVA* provided at the relevant time:

(3) If, at any time or place on a highway or industrial road,

- (a) a peace officer makes a demand to a driver under the *Criminal Code* to provide a sample of breath for analysis by means of an approved screening device and the approved screening device registers a warn or a fail, and
- (b) the peace officer has reasonable grounds to believe, as a result of the analysis, that the driver's ability to drive is affected by alcohol,

the peace officer, or another peace officer, must,

- (c) if the driver holds a valid licence or permit . . . take possession of the driver's licence, permit . . . if the driver has it in his or her possession, and
- (d) serve on the driver a notice of driving prohibition.

[50] It is undisputed before this Court that the roadside breath demand constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.⁴

[51] It is also undisputed before this Court that drivers of vehicles have some expectation of privacy in their breath, even if a diminished one. The factors identified by this Court as "helpful markers" in *Tessling*, at paras. 43-62, support this conclusion. The seizure occurs in a vehicle (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 111 and 113); in the highly regulated context of driving on a public highway (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 647-48); and is relatively non-intrusive (*Grant*, at para. 111). While these factors support a diminished expectation of privacy, they do not eliminate any residual privacy interest in one's breath. Thus the demand to breathe into a roadside screening device constitutes a seizure that infringes

(1) L'article 8 entre-t-il en jeu?

[49] Le paragraphe 215.41(3) de la *MVA* prévoyait à l'époque :

[TRADUCTION]

(3) Si, en tout temps ou en tout lieu sur une route ou une route industrielle :

- (a) un agent de la paix ordonne à un conducteur en vertu du *Code criminel* de fournir un échantillon d'haleine pour analyse au moyen d'un appareil de détection approuvé et celui-ci affiche un avertissement ou un échec;
- (b) l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire, par suite de l'analyse, que les facultés du conducteur sont affaiblies par l'alcool,

l'agent de la paix, ou un autre agent de la paix, doit prendre les mesures suivantes :

- (c) si le conducteur détient un permis valide [. . .] prendre possession du permis du conducteur [. . .] si ce dernier l'a en sa possession;
- (d) signifier au conducteur un avis d'interdiction de conduire.

[50] Il n'est pas contesté devant la Cour que la demande d'alcootest constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*.⁴

[51] Personne ne conteste non plus devant la Cour que les conducteurs de véhicules ont une certaine attente en matière de vie privée concernant leur haleine, même si elle est réduite. Les facteurs qualifiés de « repères utiles » par la Cour aux par. 43-62 de l'arrêt *Tessling* étayaient cette conclusion. La saisie a lieu dans un véhicule (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 111 et 113); dans le contexte très réglementé de la conduite automobile sur la voie publique (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 647-648); et est relativement peu envahissante (*Grant*, par. 111). Bien que ces facteurs militent en faveur d'une attente réduite en matière de vie privée, ils n'éliminent pas le droit résiduel d'une personne à la protection de sa vie privée concernant

⁴ The respondents Chisholm et al. characterize the ARP scheme as a coupled search and seizure power: see R.F., at para. 39.

⁴ Les intimés Chisholm et autres qualifient le RIAC de pouvoir mixte de fouille, de perquisition et de saisie : voir m.i., par. 39.

on an individual's reasonable expectation of privacy. The protection of s. 8 is engaged.

(2) Is the Seizure Authorized by the Provincial Law?

[52] The Province argues that it is not the impugned provisions of the *MVA* that engage a driver's s. 8 rights because the ARP scheme does not itself authorize a seizure. Instead, the regime relies on s. 254(2) of the *Criminal Code* to authorize a roadside breath demand. In the Province's view, a challenge to the *Charter* compliance of the breath demand must therefore attack s. 254(2) of the *Criminal Code*, and not s. 215.41(3)(a) of the provincial *MVA*.

[53] I do not agree. Such a narrow understanding of whether the seizure is "authorized by law" would insulate the province from s. 8 scrutiny over any use of a *Criminal Code* search power. It would also be inconsistent with the flexible and purposive interpretation, focused on protecting people and not places, that s. 8 demands: *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 158-59. The analysis of a search or seizure under s. 8 is a contextual inquiry: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 26. It requires regard to the purpose for which the seizure occurs, and to the statutory provisions that set out the grounds, means and consequences of the seizure. A search or seizure can be valid for one purpose and not for another.

[54] Although the Province relies on the *Criminal Code* to authorize the breath demand, the purpose and consequences of the seizure are established in the ARP scheme, in the *MVA*. The seizure thus takes its colour from the provincial legislation, and cannot be read in isolation from that scheme. For

son haleine. Ainsi, la demande de souffler dans un alcootest constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. La protection de l'art. 8 entre en jeu.

(2) La saisie est-elle autorisée par la loi provinciale?

[52] La Province fait valoir que ce ne sont pas les dispositions contestées de la *MVA* qui font intervenir les droits garantis au conducteur par l'art. 8 parce que le RIAC n'autorise pas en soi une saisie. Le régime s'en remet plutôt au par. 254(2) du *Code criminel* pour autoriser une demande d'alcootest. De l'avis de la Province, une contestation de la conformité à la *Charte* d'une demande d'échantillon d'haleine doit par conséquent viser le par. 254(2) du *Code criminel*, et non l'al. 215.41(3) a) de la *MVA* provinciale.

[53] Je ne suis pas d'accord avec elle. Une interprétation aussi étroite de la question de savoir si la saisie est « autorisée par la loi » mettrait la province à l'abri de l'examen, fondé sur l'art. 8, de tout exercice d'un pouvoir de fouille prévu par le *Code criminel*. Elle serait en outre incompatible avec l'interprétation souple et fondée sur l'objet visé, axée sur la protection des personnes et non des lieux, qu'exige l'art. 8 : *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 158-159. L'analyse d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie en application de l'art. 8 est de nature contextuelle : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 26. Elle exige qu'il soit tenu compte de l'objet pour lequel la saisie est faite et des dispositions législatives qui établissent les motifs, les moyens et les conséquences de la saisie. Une fouille, une perquisition ou une saisie peut être valide pour un objet mais pas pour un autre.

[54] Bien que la Province se fonde sur le *Code criminel* pour autoriser la demande d'échantillon d'haleine, l'objet et les conséquences de la saisie sont établis dans le RIAC, dans la *MVA*. La saisie tire donc son caractère de la loi provinciale et ne peut être considérée indépendamment de ce régime.

the purposes of s. 8, it is the ARP scheme that authorizes the seizure of the breath sample, and it is thus subject to *Charter* scrutiny on this basis.

(3) Is the Seizure in the ARP Scheme Reasonable?

[55] As Dickson J. wrote for a unanimous court in *Hunter*, at pp. 159-60, assessing whether the law authorizing a search or seizure is reasonable requires determining

whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The protection s. 8 provides for an individual's privacy — personal, territorial and informational — is essential not only to human dignity, but also to the functioning of our democratic society. At the same time, s. 8 permits *reasonable* searches and seizures in recognition that the state's legitimate interest in advancing its goals or enforcing its laws will sometimes require a degree of intrusion into the private sphere. The tension articulated in *Hunter* between the competing individual and state interests, and the adequacy of the safeguards provided, remain foundational to this analysis.

[56] Searches or seizures conducted without a warrant — such as the seizure underpinning the ARP scheme — are presumptively unreasonable: *Hunter*, at p. 161. The burden of establishing reasonableness thus rests with the state.

[57] This Court has generally declined to set out a “hard and fast” test of reasonableness: see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 495. In my view, this flexible approach remains compelling. This Court has nonetheless identified certain considerations that may be helpful in the reasonableness analysis, including “the nature and the purpose

Pour l'application de l'art. 8, c'est le RIAC qui autorise la saisie de l'échantillon d'haleine, et il est donc assujéti à l'examen fondé sur la *Charte* pour ce motif.

(3) La saisie prévue par le RIAC est-elle raisonnable?

[55] Comme l'a écrit le juge Dickson aux p. 159-160 de l'arrêt unanime *Hunter*, pour déterminer si la loi qui autorise une fouille, une perquisition ou une saisie est raisonnable, il faut apprécier

si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La protection que l'art. 8 accorde à la vie privée — personnelle, territoriale et informationnelle — d'un particulier est essentielle non seulement à la dignité humaine, mais aussi au fonctionnement de notre société démocratique. Parallèlement, l'art. 8 permet les fouilles, les perquisitions et les saisies *raisonnables*, reconnaissant que le droit légitime de l'État de réaliser ses fins ou d'appliquer ses lois nécessitera parfois une certaine intrusion dans la sphère privée. Le tiraillement mis en évidence dans *Hunter* entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État, et le caractère suffisant des mesures de protection prévues, demeurent fondamentaux pour cette analyse.

[56] Les fouilles, les perquisitions ou les saisies sans mandat — comme la saisie sur laquelle repose le RIAC — sont présumées abusives : *Hunter*, p. 161. Le fardeau d'établir le caractère raisonnable incombe donc à l'État.

[57] La Cour a généralement refusé d'énoncer un critère « absolu » du caractère raisonnable : voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 495. À mon sens, cette approche souple demeure avérée. La Cour a néanmoins relevé certaines considérations qui peuvent être utiles dans l'analyse du caractère raisonnable, dont « la nature et

of the legislative scheme . . . , the mechanism . . . employed and the degree of its potential intrusiveness[,] and the availability of judicial supervision”: *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), per Strayer J.A., in dissenting reasons adopted by this Court in [1999] 1 S.C.R. 3.

(a) *Purpose of the ARP Scheme*

[58] The objective of removing impaired drivers from the roads is compelling. As the intervenor Mothers Against Drunk Driving argues, impaired driving is responsible for a devastating number of injuries and deaths annually in Canada, a burden of risk that falls disproportionately to young people.⁵ The ARP scheme was introduced as part of the Province’s objective of reducing driving fatalities caused by alcohol by 35 percent by the end of 2013.⁶

[59] The seizure of a driver’s breath through a roadside ASD analysis is the first step in the Province’s regulatory response to impaired driving, one that permits the Province to both identify and suspend the licences of drivers whose blood alcohol concentration exceeds 0.05. The breath demand is a critical component of the Province’s efforts to protect British Columbians from impaired drivers by suspending the privilege of driving for those who drive while impaired. This compelling purpose of preventing death and serious injuries on public highways weighs heavily in favour of the reasonableness of the breath seizure.

(b) *Nature of the ARP Scheme*

[60] This Court has recognized from its earliest s. 8 jurisprudence that the characterization of a search or seizure as either criminal or regulatory is

⁵ I.F., at para. 1, citing to S. Pitel and R. Solomon, “Estimating the Number and Cost of Impairment-Related Traffic Crashes in Canada: 1999 to 2010” (April 2013).

⁶ Chambers judge’s reasons, at para. 266.

l’objet du régime législatif [. . .]; le mécanisme employé [. . .] et le degré d’empiètement possible de ce mécanisme; et l’existence d’une supervision judiciaire » : *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), le juge Strayer, dans ses motifs dissidents adoptés par la Cour dans [1999] 1 R.C.S. 3.

a) *L’objet du RIAC*

[58] L’objectif de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies est impérieux. Comme le fait valoir l’intervenante Les mères contre l’alcool au volant, la conduite avec facultés affaiblies est responsable d’un nombre alarmant de blessures et de décès chaque année au Canada, un risque auquel les jeunes sont exposés de façon disproportionnée⁵. Le RIAC a été mis en place dans le cadre de l’objectif de la Province de réduire les décès causés par l’alcool au volant de 35 pour 100 au plus tard à la fin de 2013⁶.

[59] La saisie de l’échantillon d’haleine d’un conducteur au moyen d’une analyse effectuée à l’aide d’un ADA lors d’un contrôle routier est la première étape de la réponse réglementaire de la Province à la conduite avec facultés affaiblies, réponse qui permet à la Province de repérer les conducteurs dont l’alcoolémie est supérieure à 0,05 et de suspendre leur permis. La demande d’échantillon d’haleine est un élément crucial des efforts déployés par la Province pour protéger les Britanno-Colombiens des conducteurs aux facultés affaiblies, en révoquant le privilège de conduire à ceux et à celles qui conduisent avec les facultés affaiblies. Cet objet impérieux d’empêcher les décès et les blessures graves sur les voies publiques milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d’un échantillon d’haleine.

b) *La nature du RIAC*

[60] La Cour a reconnu dans ses premiers arrêts sur l’art. 8 que le caractère criminel ou réglementaire attribué à une fouille, à une perquisition ou à une

⁵ m.i., par. 1, où elle cite S. Pitel et R. Solomon, « Conduite avec facultés affaiblies – Estimation du nombre de collisions et des coûts afférents, 1999 à 2010 » (avril 2013).

⁶ Motifs du juge en chambre, par. 266.

relevant in assessing its reasonableness. Where an impugned law's purpose is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: see *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647, per Wilson J.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757. As noted above, the proper characterization of the ARP scheme and the seizure of a driver's breath were hotly contested throughout these proceedings.

[61] The chambers judge identified a number of similarities between the ARP scheme and the criminal law, and concluded that although the scheme "is not criminal law for the purposes of the division of powers analysis, it is fair to say that it is not far removed as a matter of practice": para. 281. He also noted that, unlike many of the regulatory searches or seizures considered in the case law, the ARP scheme involves a seizure of a breath sample rather than a search or seizure of documents, and that the results of the seizure are not simply evidence that may be used at a subsequent proceeding, but are instead determinative of the resulting consequences, some of which are quite severe: paras. 281-84. These are all relevant considerations.

[62] The ASD test is the sole basis for the penalties and suspensions provided for in the ARP scheme. This is markedly different from the criminal context, in which the ASD test is only the first part in the *Criminal Code*'s two-step process for investigating drunk-driving offences. At this first stage, an officer need only have a reasonable suspicion that the driver has alcohol in their body: *R. v. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (Ont. C.A.); *R. v. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. However, these reduced protections for drivers at the roadside screening stage are counterbalanced by limitations on the use to which a potentially unreliable ASD result can be put. It has the limited role of constituting the grounds for a further breath demand, conducted using a breathalyser at a police station, and cannot

saisie est pertinent lorsqu'il s'agit d'en apprécier le caractère raisonnable. Lorsque l'objet de la loi contestée est de nature réglementaire et non criminelle, des normes moins sévères peuvent s'appliquer : voir *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 52; *McKinlay Transport Ltd.*, p. 647, la juge Wilson; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757. Comme je l'ai déjà dit, la qualification correcte du RIAC et de la saisie d'un échantillon d'haleine d'un conducteur a fait l'objet d'un âpre débat tout au long de l'instance.

[61] Le juge en chambre a relevé plusieurs similitudes entre le RIAC et le droit criminel et a conclu que, même si le régime [TRADUCTION] « ne ressortit pas au droit criminel pour les besoins de l'analyse du partage des compétences, il est juste de dire qu'il n'en est pas très éloigné en pratique » : par. 281. Il a également fait remarquer que, contrairement à bon nombre des fouilles, perquisitions ou saisies de nature réglementaire examinées dans la jurisprudence, le RIAC implique la saisie d'un échantillon d'haleine plutôt qu'une fouille, une perquisition ou une saisie de documents, et que les résultats de la saisie ne constituent pas simplement des éléments de preuve qui peuvent être utilisés dans un procès subséquent; ils sont plutôt déterminants quant aux conséquences qui en découlent, dont certaines sont assez graves : par. 281-284. Ces considérations sont toutes pertinentes.

[62] L'analyse effectuée au moyen d'un ADA est le seul fondement des sanctions et des suspensions prévues par le RIAC, ce qui est nettement différent du contexte criminel, où l'analyse effectuée au moyen d'un ADA ne constitue que la première étape de la procédure à deux volets établie dans le *Code criminel* pour enquêter sur des infractions de conduite en état d'ébriété. À ce premier stade, le policier n'a qu'à soupçonner raisonnablement le conducteur d'avoir de l'alcool dans son organisme : *R. c. Lindsay* (1999), 134 C.C.C. (3d) 159 (C.A. Ont.); *R. c. Butchko*, 2004 SKCA 159, [2005] 11 W.W.R. 95. Toutefois, ces protections réduites pour les conducteurs à l'étape de la détection routière sont contrebalancées par des restrictions imposées à l'utilisation que l'on peut faire du résultat (potentiellement non

alone establish an offence under the *Criminal Code*: s. 254(3).

[63] Driving on highways is, of course, a highly regulated activity, and drivers expect that the rules of the road will be enforced. This reality, combined with the scheme's location within a broader regulatory framework targeting driving and highway safety, supports characterizing the regime as regulatory and applying a more flexible standard in assessing its reasonableness. However, other features of the scheme suggest that closer scrutiny is required to ensure the state does not unreasonably interfere with a driver's privacy interest. First, while the breath seizure occurs for a regulatory purpose, it nonetheless has certain criminal-like features, such as its administration by a police officer pursuant to *Criminal Code* authorization. Second, while the consequences that follow a "fail" reading or the failure to provide a sample are not criminal, they are immediate and serious, and arise without a further test using a (more reliable) breathalyser.

(c) *The Mechanism of Seizure: The ASD Test*

[64] The mechanism for determining whether a driver's blood alcohol concentration exceeds the relevant limits is a roadside test using an ASD. The specific features of the ASD test are relevant to the reasonableness analysis in two respects.

[65] The first is the degree of intrusiveness of the ASD test on a driver's bodily integrity and privacy interests. More intrusive than a demand for documents, a breath demand clearly amounts to what La Forest J. described as "the use of a person's body without his consent to obtain information about him" by which the state "invades an area of

fiable) d'un ADA. Ce résultat a pour fonction limitée de justifier une autre analyse d'échantillon d'haleine, effectuée au moyen d'un alcootest dans un poste de police, et ne peut à lui seul établir une infraction au *Code criminel* : par. 254(3).

[63] Bien entendu, la conduite automobile sur une voie publique est une activité très réglementée, et les conducteurs s'attendent à ce que le code de la route soit appliqué. Cette réalité, conjuguée au fait que le régime s'inscrit dans un cadre réglementaire plus large visant la conduite et la sécurité routière, permet de qualifier le régime de réglementaire et d'appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable. Toutefois, d'autres éléments du régime tendent à indiquer qu'un examen plus attentif est nécessaire pour empêcher que l'État porte abusivement atteinte au droit d'un conducteur à la vie privée. Premièrement, bien que la saisie d'un échantillon d'haleine se fasse à des fins réglementaires, elle possède néanmoins des caractéristiques qui s'apparentent au droit criminel, comme le fait qu'elle soit administrée par un policier conformément à une autorisation accordée par le *Code criminel*. Deuxièmement, si les conséquences du résultat « échec » ou du défaut de fournir un échantillon d'haleine ne sont pas criminelles, elles sont néanmoins immédiates et graves et surviennent sans qu'une autre analyse ne soit effectuée au moyen d'un alcootest (plus fiable).

c) *Le mécanisme de saisie : l'analyse effectuée au moyen d'un ADA*

[64] Pour déterminer si l'alcoolémie d'un conducteur dépasse la limite permise, on administre un alcootest au moyen d'un ADA. Les caractéristiques précises de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA sont pertinentes pour juger du caractère raisonnable à deux égards.

[65] Le premier est le degré d'atteinte de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA à l'intégrité physique et au droit à la vie privée d'un conducteur. Plus envahissante qu'une demande de documents, une demande d'échantillon d'haleine équivaut clairement à ce que le juge La Forest a décrit comme « l'utilisation du corps d'une personne, sans son

personal privacy essential to the maintenance of his human dignity”: *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32. However, a roadside ASD test is far less intrusive than many other searches or seizures that may be performed for law enforcement purposes, such as the blood sample at issue in *Dymont*, or a DNA swab, which contains deeply personal information: *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 48. The roadside breath demand authorized by the *Criminal Code* has a much less significant impact on an individual’s bodily integrity and privacy interests: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 90. This minimally intrusive character supports the reasonableness of the ASD seizure.

[66] However, the use of an ASD to obtain a breath sample also raises concerns that undermine the reasonableness of the seizure, specifically regarding the reliability of test results. The chambers judge concluded, based upon the evidence, that owing to an ASD’s inability to account for the presence of mouth alcohol, “in some circumstances there can be serious issues concerning whether an ASD accurately reflects blood-alcohol readings”: paras. 286-92.

[67] The reliability of a search or seizure mechanism is directly relevant to the reasonableness of the search or seizure itself: *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at para. 48. As noted in *Chehil*, “[a] method of searching that captures an inordinate number of innocent individuals cannot be reasonable”: para. 51. By contrast, a high degree of accuracy has been crucial to endorsing sniffer-dog searches on a lower standard of reasonable suspicion: *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 11; see also *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456.

consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet » par laquelle l’État commet « une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » : *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432. Toutefois, un alcootest administré au moyen d’un ADA est beaucoup moins envahissant que bien d’autres fouilles, perquisitions ou saisies qui peuvent être effectuées aux fins d’application de la loi, comme le prélèvement de l’échantillon de sang en cause dans l’arrêt *Dymont* ou le prélèvement d’ADN qui dévoile des renseignements très personnels : *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 48. La demande d’alcootest autorisée par le *Code criminel* a des répercussions beaucoup moins importantes sur l’intégrité physique et le droit à la vie privée d’une personne : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 90. Cette atteinte minimale étaye le caractère raisonnable de la saisie faite au moyen d’un ADA.

[66] Toutefois, l’utilisation d’un ADA pour obtenir un échantillon d’haleine soulève elle aussi des préoccupations qui minent le caractère raisonnable de la saisie, plus particulièrement quant à la fiabilité des résultats d’analyse. Le juge en chambre a conclu, sur la foi de la preuve, que, comme un ADA ne peut tenir compte de la présence d’alcool dans la bouche, [TRADUCTION] « il peut y avoir de sérieux doutes dans certains cas quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d’alcoolémie » : par. 286-292.

[67] La fiabilité du mécanisme de fouille, de perquisition ou de saisie est directement liée au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie elle-même : *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 48. Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Chehil*, « [u]ne méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive » : par. 51. À l’opposé, une grande fiabilité s’est révélée cruciale pour confirmer la validité des fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs selon la norme moins rigoureuse des soupçons raisonnables : *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 11; voir également *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456.

[68] While the ARP scheme as enacted in 2010 allowed a driver to obtain a second analysis with a different ASD upon request, it placed no obligation on the police officer to advise the driver of this right: *MVA*, s. 215.42(1) and (2). The ARP scheme also required that the second analysis would govern, regardless of whether it was higher or lower than the initial reading: s. 215.42(3). While a second test with a second device may significantly help resolve the reliability concerns raised by roadside ASD testing, the availability of this safeguard could prove illusory where a driver is unaware of its existence, particularly where there is no guarantee that the lower result will prevail. Absent meaningful safeguards to ensure reliability, this factor raises serious concerns about the reasonableness of the law authorizing the seizure.

(d) *Availability of Judicial Oversight*

[69] Much of the disagreement between the parties hinges on the availability of judicial oversight, and on the significance of the availability of review in the s. 8 analysis. The drivers argue, and the chambers judge agreed, that the inability of a driver to meaningfully challenge both the basis for and, more importantly, the accuracy of the ASD test renders the roadside breath demand an unreasonable seizure. The Province counters that including such procedural considerations in the s. 8 analysis distorts the scope of s. 8, and that these considerations should instead be addressed under either s. 7 or administrative law principles.

[70] This is not the first time this Court has considered the significance of procedural safeguards in a s. 8 analysis. Although the adequacy of such safeguards will often be challenged under s. 7, this Court recognized in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, that the right to full answer and defence is a relevant consideration when assessing the reasonableness of a search or seizure: para. 88; see also

[68] Si le RIAC qui a été mis en place en 2010 autorisait le conducteur à obtenir sur demande une deuxième analyse faite au moyen d'un autre ADA, il n'obligeait aucunement le policier à aviser le conducteur de ce droit : *MVA*, par. 215.42(1) et (2). Le RIAC prescrivait en outre que la deuxième analyse ait préséance, que la lecture obtenue soit plus élevée ou plus basse que la lecture initiale : par. 215.42(3). Bien qu'une deuxième analyse effectuée au moyen d'un deuxième appareil puisse grandement aider à dissiper les doutes concernant la fiabilité de l'alcootest administré au moyen d'un ADA, la possibilité de se prévaloir de cette mesure de protection pourrait s'avérer illusoire lorsque le conducteur n'est pas au courant de son existence, particulièrement lorsqu'il n'y a aucune garantie que le résultat le plus bas l'emportera. En l'absence de mesures de protection significatives assurant la fiabilité, ce facteur suscite de sérieux doutes au sujet du caractère raisonnable de la loi autorisant la saisie.

d) *La possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire*

[69] Une bonne partie du désaccord entre les parties porte sur la possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire et sur l'importance de pouvoir recourir au contrôle dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 8. Les conducteurs font valoir, et le juge en chambre convient avec eux, que comme le conducteur ne peut valablement contester ni le fondement ni, plus important encore, l'exactitude de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA, la demande d'alcootest constitue une saisie abusive. La Province réplique que le fait d'inclure de telles considérations procédurales dans l'analyse fondée sur l'art. 8 dénature la portée de cet article, et que ces considérations devraient plutôt être abordées sous l'angle de l'art. 7 ou des principes de droit administratif.

[70] Ce n'est pas la première fois que la Cour traite de l'importance des mesures de protection procédurales dans une analyse fondée sur l'art. 8. Bien que le caractère suffisant de ces mesures soit souvent contesté sur le fondement de l'art. 7, la Cour a reconnu dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, que le droit à une défense pleine et entière est une considération pertinente lorsqu'il

S.A.B., at para. 35. In *Hunter*, Dickson J. concluded that an unreviewable, discretionary power of search and seizure would be contrary to s. 8: p. 166. More recently, in *Chehil*, the “reasonable suspicion” standard for sniffer-dog searches was held to respect the s. 8 balance because of subsequent judicial oversight “that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis” for the privacy interference: para. 25.

[71] Although both *Hunter* and *Chehil* concern review of the lawfulness of a search, rather than the use or reliability of its findings, in my view similar considerations apply, especially where the consequences of the seizure follow automatically and immediately. The nature of the review required will of course vary with the circumstances, including the nature of the scheme. On the other hand, the availability of oversight is particularly important where, as here, a search or seizure occurs without prior authorization: *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 84. While less exacting review may be sufficient in a regulatory context, the availability and adequacy of review is nonetheless relevant to reasonableness under s. 8.

[72] In my view, the chambers judge was correct to consider the scope and availability of review as part of his analysis under s. 8. While s. 8 is not primarily concerned with issues of procedural fairness and safeguards, the restrictive review of the basis and consequences of the breath demand was a central feature of the ARP scheme, particularly given the concerns about the reliability of the ASD, the lack of an intermediate step between the ASD analysis and the roadside suspension, and the immediacy

s’agit d’apprécier le caractère raisonnable d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie : par. 88; voir également *S.A.B.*, par. 35. Dans *Hunter*, le juge Dickson a conclu qu’un pouvoir discrétionnaire de fouille, de perquisition et de saisie non susceptible de révision serait contraire à l’art. 8 : p. 166. Plus récemment, dans l’arrêt *Chehil*, la Cour a jugé que la norme des « soupçons raisonnables » applicable aux fouilles effectuées à l’aide d’un chien renifleur respectait l’équilibre établi par l’art. 8 en raison d’un contrôle judiciaire ultérieur qui « permet [. . .] d’empêcher les atteintes aveugles et discriminatoires au droit à la vie privée, les tribunaux vérifiant que l’atteinte policière à l’attente raisonnable en matière de vie privée repose bel et bien sur un fondement objectif et raisonnable » : par. 25.

[71] Bien que les arrêts *Hunter* et *Chehil* portent tous deux sur le contrôle de la légalité d’une fouille ou d’une perquisition plutôt que sur l’utilisation ou la fiabilité des résultats de cette fouille, je suis d’avis que des considérations similaires s’appliquent, surtout dans les cas où les conséquences de la saisie s’ensuivent automatiquement et sur-le-champ. Évidemment, la nature du contrôle nécessaire varie selon les circonstances, y compris la nature du régime. Par ailleurs, la possibilité de recourir à la surveillance après coup est particulièrement importante lorsque, comme en l’espèce, une fouille, une perquisition ou une saisie a lieu sans autorisation préalable : *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 84. Même si un contrôle moins rigoureux peut se révéler suffisant dans un contexte réglementaire, la possibilité de recourir au contrôle et l’efficacité de celui-ci sont néanmoins pertinentes pour juger du caractère raisonnable sur le fondement de l’art. 8.

[72] À mon sens, le juge en chambre a eu raison d’examiner l’étendue du contrôle et la possibilité d’y recourir dans son analyse fondée sur l’art. 8. Bien que l’art. 8 ne vise pas principalement des questions d’équité procédurale et de mesures de protection, l’examen limité du fondement et des conséquences de la demande d’échantillon d’haleine était un élément central du RIAC, surtout compte tenu des doutes concernant la fiabilité de l’ADA, de l’absence d’une étape intermédiaire

of the penalties that ensue. A driver's ability to challenge the accuracy of the ASD result is thus critical to the reasonableness of the ARP scheme.

[73] It is common ground that the ARP scheme permits a driver to apply to the Superintendent for review of a driving prohibition, and that the Superintendent's decision is subject to judicial review. However, the process for review of suspensions under the ARP regime only permits the Superintendent to consider two issues: whether the applicant was a "driver" and whether the ASD registered a "fail", "warn", or the applicant refused to provide a sample. If both criteria are met, the Superintendent is required to confirm the suspension: s. 215.5(1). The chambers judge concluded that "[t]he result of the limited scope of review is that if a driver did not have a blood-alcohol level over 0.08 or 0.05 at the time of the prohibition, he or she still cannot challenge the suspension based on the roadside screening device": para. 305.

[74] The Chief Justice raises the possibility that the Superintendent could hear challenges to the reasonableness of the manner in which a search or seizure is conducted under s. 8 of the *Charter*. These reasons should not be taken as expressing an opinion on this point. However, this case is not about the reasonableness of a police officer's behaviour in conducting a particular seizure. It concerns a more fundamental issue: whether the law authorizing the seizure is itself reasonable. The fact that a driver may be able to challenge the conduct of a particular seizure does not resolve whether the ARP scheme itself complies with s. 8.

[75] While I agree with the Chief Justice that the administrative nature of the scheme justifies the administrative nature of the review, this does not, in my view, resolve the issue of whether the scope of such review is adequate in the circumstances. I agree with the chambers judge's conclusion that the

entre l'analyse effectuée au moyen d'un ADA et la suspension imposée lors d'un contrôle routier et de l'immédiateté des sanctions qui s'ensuivent. La possibilité pour le conducteur de contester l'exactitude du résultat de l'ADA est donc essentielle au caractère raisonnable du RIAC.

[73] Il est admis que le RIAC permet à un conducteur de demander au Surintendant la révision d'une interdiction de conduire et que la décision du Surintendant est susceptible de contrôle judiciaire. Toutefois, la procédure de contrôle des suspensions imposées en application du RIAC permet seulement au Surintendant de trancher deux questions : le demandeur était-il un « conducteur » et l'ADA a-t-il affiché le résultat « échec » ou « avertissement », ou le demandeur a-t-il refusé de fournir un échantillon? Si les deux conditions sont remplies, le Surintendant est tenu de confirmer la suspension : par. 215.5(1). Le juge en chambre a conclu qu'en [TRADUCTION] « raison de la portée limitée de l'examen, le conducteur dont l'alcoolémie n'est pas supérieure à 0,08 ou à 0,05 au moment de l'interdiction ne peut tout de même pas contester la suspension sur la base de l'appareil de détection » : par. 305.

[74] La Juge en chef évoque la possibilité que le Surintendant connaisse des contestations, fondées sur l'art. 8 de la *Charte*, du caractère raisonnable de la manière dont une fouille, une perquisition ou une saisie a été effectuée. Il ne faut pas voir les présents motifs comme l'expression d'une opinion sur ce point. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur le caractère raisonnable du comportement d'un policier qui fait une saisie en particulier. Elle porte sur une question plus fondamentale : la loi qui autorise la saisie est-elle en soi raisonnable? La possibilité pour un conducteur de contester la manière dont une saisie en particulier a été opérée ne règle pas la question de savoir si le RIAC lui-même est conforme à l'art. 8.

[75] Bien que je partage l'avis de la Juge en chef selon lequel la nature administrative du régime justifie la nature administrative du contrôle, j'estime que la question de savoir si la portée d'un tel contrôle est suffisante dans les circonstances n'est pas réglée pour autant. Je souscris à la conclusion

absence of meaningful review of the accuracy of the result of the seizure, in light of the unreliability of the test, raises concerns about the reasonableness of the ARP scheme. Absent such review, a driver could find herself facing serious administrative sanctions without the precondition for the sanctions being met, and without any mechanism for redress.

(4) Conclusion on Section 8

[76] The chambers judge found that the serious consequences of a driver registering a “fail”, combined with an inability to challenge the basis on which these consequences are imposed, rendered the ARP scheme unreasonable. I agree.

[77] The ARP scheme as enacted in 2010 depends entirely on the results from a test conducted using an ASD, a device known to produce false positives where mouth alcohol is present. Despite this defect regarding ASD reliability, the scheme provides no meaningful opportunity to challenge a licence suspension issued under this scheme on the basis that the result is unreliable. In the particular circumstances of these appeals, in which a “fail” result automatically triggers serious consequences for a driver without the possibility of review, the scheme fails to provide adequate safeguards. Thus, despite the pressing objective and minimal intrusiveness of the seizure, the ARP scheme fails to strike a reasonable balance between the interests of the state against those of individual motorists, and infringes drivers’ s. 8 rights.

[78] I need not determine whether the same result follows where the “warn” scheme is concerned. The chambers judge’s finding of the s. 8 breach related only to the “fail” branch. In some aspects, he drew a distinction between the two branches. There was no cross-appeal in the Court of Appeal or before us regarding his finding that the “warn” branch of the regime did not infringe s. 8 of the *Charter*. As a result, it is not properly before us. In these circumstances, I

du juge en chambre que l’absence d’un contrôle valable de l’exactitude du résultat de la saisie, vu la non-fiabilité du test, suscite des doutes concernant le caractère raisonnable du RIAC. En l’absence d’un tel contrôle, le conducteur pourrait se voir imposer de graves sanctions administratives sans que les conditions préalables à l’imposition des sanctions ne soient réunies et sans qu’il ne puisse bénéficier d’un mécanisme pour obtenir réparation.

(4) Conclusion sur l’art. 8

[76] Le juge en chambre a conclu que les graves conséquences subies par le conducteur qui échoue au test, conjuguées à l’impossibilité pour lui de contester le motif pour lequel ces conséquences sont imposées, rendent le RIAC abusif. Je suis du même avis.

[77] Le RIAC mis en place en 2010 dépend entièrement des résultats d’un test administré à l’aide d’un ADA, un appareil reconnu pour donner de faux résultats positifs lorsqu’il y a de l’alcool dans la bouche de l’intéressé. Malgré ce vice entachant la fiabilité de l’ADA, le régime ne permet pas réellement de contester la suspension d’un permis imposée en application de ses dispositions au motif que le résultat n’est pas fiable. Dans les circonstances particulières des présents pourvois, où un « échec » entraîne automatiquement de graves conséquences pour un conducteur sans possibilité de contrôle, le régime ne prévoit pas de mesures de protection adéquates. Ainsi, malgré l’objectif urgent et l’atteinte minimale portée par la saisie, le RIAC n’établit pas un équilibre raisonnable entre les intérêts de l’État et ceux des automobilistes et porte atteinte aux droits garantis aux conducteurs par l’art. 8.

[78] Je n’ai pas à décider si le volet « avertissement » du régime mène au même résultat. La conclusion du juge en chambre que l’art. 8 a été violé intéressait uniquement le volet « échec ». À certains égards, il a établi une distinction entre les deux volets. Aucun appel incident n’a été formé devant la Cour d’appel ou la Cour contre sa conclusion selon laquelle le volet « avertissement » du régime ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte*.

prefer not to address the issue. I note that to the extent that the legislative amendments addressed both the “warn” and “fail” aspects of the programme, this issue is moot.

D. Is the Seizure in the ARP Scheme Saved Under Section 1?

[79] The Province bears the burden of justifying the violation of s. 8 under s. 1 of the *Charter*. To do so, it must demonstrate, on a balance of probabilities, that the ARP scheme has a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve that objective are proportionate. The proportionality test comprises three inquiries: (1) whether the means adopted are rationally connected to the objective, (2) whether the law is minimally impairing of the violated right, and (3) whether the deleterious and salutary effects of the law are proportionate to each other; see *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 111; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[80] I agree with the chambers judge that the objective of the scheme is “to remove impaired drivers from the highway and keep them off the highway”: para. 357. The parties do not dispute that this objective is pressing and substantial.

[81] Further, I agree with the chambers judge that the automatic prohibitions from driving based on roadside screening are rationally connected to the “objective of reducing death and injury caused by impaired driving”: para. 360.

[82] At the second stage of the proportionality test, the Province must establish that the ARP scheme minimally impairs the s. 8 right in pursuit of its objective. This inquiry does not require the government to adopt the least impairing measure, but rather one “that falls within a range of reasonable alternatives”: *Mounted Police Association of*

Par conséquent, nous ne sommes pas régulièrement saisis de cette conclusion. Dans les circonstances, je préfère ne pas me prononcer sur ce point. Je signale que, dans la mesure où les modifications législatives traitaient à la fois de l’aspect « avertissement » et de l’aspect « échec » du programme, cette question est théorique.

D. L’article premier sauvegarde-t-il la saisie prévue par le RIAC?

[79] Il incombe à la Province de justifier la violation de l’art. 8 en vertu de l’article premier de la *Charte*. Pour ce faire, elle doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le RIAC a un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont proportionnels. Le critère de proportionnalité comporte trois questions : (1) existe-t-il un lien rationnel entre les moyens choisis et l’objectif; (2) la loi porte-t-elle atteinte de façon minimale au droit violé; (3) les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi sont-ils proportionnels entre eux; voir *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 111; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[80] Je conviens avec le juge en chambre que l’objectif du régime est [TRADUCTION] « de chasser des routes les conducteurs aux facultés affaiblies et de les empêcher de conduire à nouveau » : par. 357. Les parties s’entendent pour dire que cet objectif est urgent et réel.

[81] En outre, je partage l’avis du juge en chambre qu’il existe un lien rationnel entre les interdictions automatiques de conduire fondées sur une analyse faite lors d’un contrôle routier et [TRADUCTION] « l’objectif de réduire les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies » : par. 360.

[82] À la deuxième étape du critère de proportionnalité, la Province doit établir que le RIAC porte atteinte de façon minimale au droit garanti par l’art. 8 dans la poursuite de son objectif. À cette étape, le gouvernement n’est pas tenu d’adopter la mesure la moins attentatoire possible, mais celle qu’il choisit doit « se situer à l’intérieur d’une

Ontario v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 149.

[83] I recognize the Province’s concern that certain alternatives requiring police to take drivers back to the police station would be more intrusive on the privacy interests of drivers and would reduce the time that the police could spend conducting roadside screenings. However, as the chambers judge noted, “it is possible to allow for a more meaningful review to be put in place without in any material way affecting the government’s objective of removing impaired drivers promptly and effectively from the road”: para. 319.

[84] Indeed, subsequent amendments to the ARP scheme enhancing the scope for review of roadside screenings and prohibitions demonstrate that such measures can feasibly be put into place without undermining the Province’s objective. The 2012 amendments empower the Superintendent, on review, to determine the weight to be given to any evidence, including any information or document not sworn: *MVA*, s. 215.49(4). Most significantly, the amendments also require the Superintendent to be satisfied that the driver was advised of the right to request a second analysis, that the second analysis was performed with a different ASD, that the prohibition was issued on the basis of the lower of the two results, and that the result of the ASD analysis was reliable: *MVA*, ss. 215.42(1), 215.5(1)(a)(i), (ii) and (iv).

[85] The constitutionality of the amended ARP scheme is not before this Court. However, the enhanced review measures in the amended scheme speak to the less-impairing legislative options available to the Province. In the circumstances, I agree with the chambers judge that the ARP scheme as it existed “does not minimally impair the right of a driver to be free of unreasonable search and seizure”:

gamme de mesures alternatives raisonnables » : *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 149.

[83] Je prends acte de la crainte de la Province que certaines solutions de rechange obligeant la police à ramener les conducteurs au poste de police portent davantage atteinte au droit des conducteurs à la vie privée et réduisent le temps que la police pourrait passer à effectuer des analyses lors de contrôles routiers. Toutefois, comme l’a signalé le juge en chambre, [TRADUCTION] « il est possible de permettre la mise en place d’un mécanisme de contrôle plus rigoureux sans nuire sensiblement de quelque façon que ce soit à l’objectif du gouvernement de chasser rapidement et efficacement des routes les conducteurs aux facultés affaiblies » : par. 319.

[84] En effet, les modifications apportées subsequmment au RIAC pour élargir le contrôle des analyses et des interdictions survenues à l’occasion de contrôles routiers démontrent que de telles mesures peuvent facilement être mises en place sans nuire à l’objectif de la Province. Les modifications de 2012 habilient le Surintendant, dans le cadre d’un contrôle, à décider du poids à accorder à tout élément de preuve, y compris à tout renseignement ou document non fait sous serment : *MVA*, par. 215.49(4). Mais surtout, les modifications exigent également du Surintendant qu’il soit convaincu que le conducteur a été avisé de son droit de demander une deuxième analyse, que la deuxième analyse a été effectuée au moyen d’un autre ADA, que l’interdiction a été prononcée sur la base du plus faible résultat des deux analyses et que le résultat de l’analyse effectuée au moyen de l’ADA était fiable : *MVA*, par. 215.42(1) et sous-al. 215.5(1)a)(i), (ii) et (iv).

[85] La constitutionnalité du RIAC modifié n’est pas en cause devant la Cour. Cependant, les mesures de contrôle renforcées dans le régime modifié concernent les solutions législatives les moins attentatoires qui s’offrent à la Province. Dans les circonstances, je conviens avec le juge en chambre que le RIAC en vigueur à l’époque [TRADUCTION] « ne port[ait] pas atteinte de façon minimale au droit

para. 379 (emphasis deleted). I conclude that the former “fail” branch of the ARP scheme is not saved under s. 1.

VI. Disposition

[86] I would dismiss the motion to strike. The published articles fall within the scope of “articles and texts” permitted in books of authorities filed with this Court: *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 2 “authorities” and 36(2)(a)(i); see also *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 774-77.

[87] I would dismiss both the Goodwin appeal and the Province appeal and uphold the chambers judge’s declaration that the “fail” provisions of the ARP scheme infringe s. 8 of the *Charter* and are not saved by s. 1.

VII. Costs

[88] In the Province appeal, the respondents are the successful parties and are entitled to their costs throughout.

[89] In the Goodwin appeal, Mr. Goodwin seeks costs below and costs of this appeal, even if unsuccessful. He argues that this is justified by the public interest of this constitutional litigation. The Province does not seek costs, and asks that none be awarded against it.

[90] Unsuccessful litigants may be awarded costs in highly exceptional cases involving matters of public importance: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 30; see also *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 166. It is not enough that a matter be of public interest or importance; to warrant costs in any event of the cause, the case

du conducteur d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives » : par. 379 (soulignement omis). Je conclus que l’ancien volet « échec » du RIAC n’est pas sauvegardé par l’article premier.

VI. Dispositif

[86] Je suis d’avis de rejeter la requête en radiation. Les articles publiés font partie des « textes doctrinaux » autorisés dans les recueils de sources présentés à la Cour : *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 2 « sources », sous-al. 36(2)a(i); voir également l’arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 774-777.

[87] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Goodwin ainsi que celui de la Province et de confirmer le jugement dans lequel le juge en chambre déclare que les dispositions du RIAC relatives au volet « échec » portent atteinte à l’art. 8 de la *Charte* et ne sont pas sauvegardées par l’article premier.

VII. Dépens

[88] Dans le pourvoi de la Province, les intimés sont les parties ayant gain de cause et ont droit à leurs dépens devant toutes les cours.

[89] Dans le pourvoi de M. Goodwin, ce dernier sollicite les dépens devant les tribunaux d’instance inférieure et les dépens relatifs à son pourvoi, même s’il est débouté. Il dit avoir droit à ses dépens parce que le présent litige constitutionnel est d’intérêt public. La Province ne réclame aucuns dépens et demande de ne pas être condamnée aux dépens.

[90] Les parties déboutées peuvent obtenir les dépens dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d’importance pour le public : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 30; voir aussi *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 166. Il ne suffit pas qu’une question soit d’intérêt public ou d’importance pour

must be “highly exceptional”. In my view, this case is not highly exceptional. Accordingly, there will be no costs order on the Goodwin appeal.

The following are the reasons delivered by

[91] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — I have read the reasons of Justice Karakatsanis. While I agree with much of them, I take a different view on the issue of whether the province’s roadside suspension scheme violates the constitutional requirement that searches and seizures be reasonable. In my view it does not.

[92] I will suggest that it is not sufficient under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to simply balance the competing state and private interests; rather, the courts should examine three requirements for a reasonable search or seizure: (1) a state objective capable of overriding individual private interests, (2) restraint of the incursion on the private interest to what is reasonably necessary to achieve the object, and (3) the availability of judicial supervision.

Whether Section 8 of the *Charter* Applies

[93] A preliminary issue is whether the scheme, which does not itself authorize a seizure of breath, is subject to s. 8 of the *Charter*. The provincial scheme relies on the *Criminal Code* provisions that allow a police officer to compel a driver to give a sample of his breath: R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(2). This is clearly a seizure of a bodily substance, which means that it must not be “unreasonable” under s. 8 of the *Charter*. The argument that the seizure is authorized by the *Criminal Code*, and that therefore there is no seizure under the provincial scheme, is artificial. The fact is that the police officer in cases such as this is seizing the breath for purposes of the provincial scheme: the *Criminal Code* authorization is expressly contemplated

le public; pour justifier l’octroi de dépens quelle que soit l’issue de la cause, l’affaire doit être « vraiment exceptionnelle ». À mon sens, la présente affaire ne l’est pas. Par conséquent, aucuns dépens ne seront adjugés relativement au pourvoi de M. Goodwin.

Version française des motifs rendus par

[91] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — J’ai pris connaissance des motifs de la juge Karakatsanis. Bien que je souscrive à eux dans une large mesure, je diverge d’opinion sur le point de savoir si le régime provincial de suspension imposée lors d’un contrôle routier enfreint l’exigence constitutionnelle que les fouilles, perquisitions et saisies ne soient pas abusives. À mon avis, le régime n’enfreint pas cette exigence.

[92] J’estime que, selon l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ne suffit pas de simplement mettre en balance les intérêts de l’État et les intérêts privés opposés; les tribunaux doivent plutôt examiner trois conditions d’une fouille, perquisition ou saisie raisonnable : (1) un objectif de l’État susceptible de l’emporter sur les intérêts privés d’une personne; (2) l’atteinte à l’intérêt privé ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif; (3) la possibilité de recourir à la surveillance judiciaire.

L’article 8 de la *Charte* s’applique-t-il?

[93] La question préliminaire est de savoir si le régime, qui n’autorise pas lui-même la saisie d’un échantillon d’haleine, est visé par l’art. 8 de la *Charte*. Le régime provincial s’en remet aux dispositions du *Code criminel* qui permettent à un policier de contraindre un conducteur à donner un échantillon d’haleine : L.R.C. 1985, c. C-46, par. 254(2). Il s’agit là clairement de la saisie d’un échantillon d’une substance corporelle, ce qui signifie qu’elle ne doit pas être « abusive » au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Il est factice de plaider que la saisie est autorisée par le *Code criminel* et que le régime provincial n’en prévoit donc aucune. Le fait est que, dans des cas comme celui en l’espèce, le policier saisit un échantillon d’haleine pour l’application du régime

by that provincial scheme. The seizure is the plank upon which the whole provincial scheme rests. The seizure, although authorized by a different enactment, is part and parcel of the provincial scheme.

Is the Seizure Reasonable?

[94] This brings us to the main question: Is the seizure under the provincial scheme “reasonable” and hence compliant with s. 8 of the *Charter*, which protects individuals against unreasonable search and seizure?

[95] The purpose and effect of s. 8 is to protect individuals against unreasonable state incursions into their private life. The common law has for centuries protected privacy. The protection that began as security against trespass (Lord Coke’s dictum, “A man’s home is his castle”: see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 22; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-29) has been elaborated under s. 8 to encompass three dimensions of privacy: personal, informational and territorial (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35; *Tessling*, at paras. 20-24).

[96] As with other *Charter* interests such as expression and liberty, the privacy interest is essentially about the fundamental tension in a constitutional democracy between the individual and the state: *Dyment*, at pp. 427-29. Generally speaking, the state may intrude on the privacy interest of the individual if authorized by a reasonable law and executed in a reasonable manner. This will be the case where: (1) the state has an important purpose grounded in the broader public interest for doing the search and/or seizure, (2) the intrusion goes no further than reasonably necessary to achieve the state purpose, and (3) the intrusion is subject to judicial supervision to guard against abusive state action.

provincial : l’autorisation du *Code criminel* est expressément évoquée par ce régime provincial. La saisie est la base sur laquelle repose tout le régime provincial. Bien qu’elle soit autorisée par un autre texte de loi, la saisie fait partie intégrante de ce régime.

La saisie est-elle raisonnable?

[94] Cela nous amène à la question principale : la saisie prévue par le régime provincial est-elle « raisonnable » et de ce fait conforme à l’art. 8 de la *Charte*, qui protège l’individu contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives?

[95] L’article 8 a pour objet et pour effet de protéger l’individu contre les atteintes abusives de l’État à sa vie privée. La common law protège la vie privée depuis des siècles. Cette protection, qui visait au départ la violation de domicile (le dicton de lord Coke « La maison de chacun est son château » : voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 22; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 157-158; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-429), a été transformée sous l’égide de l’art. 8 de façon à englober trois dimensions de la vie privée : la personne, l’information et les lieux (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35; *Tessling*, par. 20-24).

[96] À l’instar des autres droits garantis par la *Charte* comme l’expression et la liberté, le droit à la vie privée concerne essentiellement la tension fondamentale présente dans une démocratie constitutionnelle entre l’individu et l’État : *Dyment*, p. 427-429. En général, l’État peut porter atteinte au droit de l’individu à la vie privée si cette atteinte est autorisée par une loi raisonnable et portée de manière raisonnable. Ce sera le cas lorsque : (1) l’État procède à la fouille, à la perquisition ou à la saisie pour réaliser un objectif important qui se fonde sur l’intérêt public général; (2) l’atteinte ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif de l’État; (3) l’atteinte est soumise à la surveillance judiciaire pour empêcher que l’État se livre à des abus.

[97] The first requirement is that the state purpose be important enough to override the individual privacy interests at stake. This requirement explains why as a general rule a search or seizure requires reasonable grounds to believe the item sought will be found: without such grounds, the state purpose does not justify the intrusion upon the protected sphere of the individual. In some circumstances however — notably roadside breath tests to combat drunk driving — the importance of the state purpose and the difficulty of achieving it may justify a search or seizure even in the absence of reasonable grounds.

[98] The second requirement — that the intrusion on the private interest go no further than reasonably necessary to achieve the state object — confines the intrusion to what is justified by the circumstances. These circumstances notably include the nature of the regime, and this Court has recognized that if the purpose of a scheme is regulatory and not criminal, it may be subject to less stringent standards: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, per Wilson J.; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, per Sopinka and Iacobucci JJ.; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.

[99] The third requirement, the availability of judicial review, insists on a mechanism to ensure that searches and seizures conform to the rule of law and protect against abuse of those powers by the state. The common law has long insisted on judicial supervision of state intrusions into the private sphere. This concern explains the general requirement of prior judicial authorization for a criminal search, failing which the search is *prima facie* unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 277-78; *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 161. It also explains the requirement that in some circumstances the authorities must keep detailed notes as to what was searched and why: *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 4 and 82; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 70; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 101. Where searches without warrant are permitted, it is especially important

[97] Selon la première condition, l'objectif de l'État doit être suffisamment important pour primer les droits de l'individu à la vie privée en jeu. C'est pourquoi il faut, en règle générale, avoir des motifs raisonnables de croire que l'on trouvera l'objet recherché pour pouvoir effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie : à défaut de ces motifs, l'objectif de l'État ne justifie pas l'intrusion dans la sphère privée de l'individu. Toutefois, dans certaines situations — notamment les alcootests administrés lors de contrôles routiers pour lutter contre la conduite en état d'ébriété — l'importance de l'objectif de l'État et la difficulté de l'atteindre justifient parfois une fouille, une perquisition ou une saisie malgré l'absence de motifs raisonnables.

[98] La deuxième condition — l'atteinte au droit à la vie privée ne doit pas aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État — limite l'atteinte à ce qui est justifié dans les circonstances, qui comprennent notamment la nature du régime. La Cour a reconnu que le régime dont l'objet est de nature réglementaire et non criminelle peut être assujéti à des normes moins rigoureuses : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la juge Wilson; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, les juges Sopinka et Iacobucci; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.

[99] La troisième condition, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire, exige la présence d'un mécanisme garantissant que les fouilles, perquisitions et saisies soient conformes à la règle de droit et empêchent que l'État abuse de ces pouvoirs. La common law insiste depuis longtemps sur la surveillance judiciaire des intrusions de l'État dans la sphère privée. C'est en raison de ce souci qu'il faut généralement obtenir une autorisation judiciaire préalable pour une fouille ou perquisition de nature criminelle, à défaut de quoi la fouille ou perquisition est à première vue abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277-278; *Hunter c. Southam Inc.*, p. 161. Ce souci explique également le fait que, dans certains cas, les autorités doivent conserver des notes détaillées de ce qu'elles ont fouillé et des raisons pour le faire : *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 4 et 82; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 70; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83,

that they be subject to scrutiny on judicial review: *Fearon*, at paras. 82 and 87.

[100] While different cases have formulated the test in different ways, at heart, the three requirements just discussed — important state purpose, restraint of the intrusion to what is reasonably necessary, and the availability of judicial review — determine whether a search is reasonable under s. 8 of the *Charter*.

[101] It is sometimes said that whether a search or seizure is reasonable is determined by asking whether the state action represents an appropriate balance between the state purpose (the first requirement) and the individual's privacy interest: see for example *Tessling*, at paras. 17-18. The balancing metaphor is best understood as a gloss on the requirements for reasonable search or seizure under s. 8. Without suggesting that balancing necessarily produces the wrong result, to view the s. 8 analysis simply as a matter of balancing the state interest against the individual's privacy interest may fail to capture what is required to establish that a search or seizure is reasonable.

[102] One concern is that a balancing approach may suggest that if the state's purpose is sufficiently compelling, it may dispense with restraint and procedures that permit judicial review. In my view this cannot be so. Even where the state purpose (as in this case) is of great importance, the state must not intrude upon the individual's protected sphere more than reasonably justified by that purpose, nor do so in a way that lacks appropriate safeguards capable of judicial review. Once again, what constitutes appropriate judicial supervision may vary with the nature of the scheme and other circumstances. In some circumstances warrants are not required. And an administrative appeal mechanism, subject to judicial review, may suffice for regulatory regimes: see, e.g., *McKinlay Transport Ltd.* and *Branch*.

[2001] 3 R.C.S. 679, par. 101. Lorsque des fouilles sans mandat sont autorisées, il est particulièrement important qu'elles fassent l'objet d'un examen à l'étape du contrôle judiciaire : *Fearon*, par. 82 et 87.

[100] Bien que le critère ait été énoncé de différentes manières dans la jurisprudence, au fond, les trois conditions que je viens d'exposer — un objectif important de l'État, une atteinte qui se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire et la possibilité de recourir au contrôle judiciaire — établissent si une fouille ou perquisition est raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[101] On dit parfois que, pour décider si une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable, on se demande si l'acte de l'État représente un juste équilibre entre l'objectif de l'État (la première condition) et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée : voir, par exemple, *Tessling*, par. 17-18. Il faut voir la métaphore de la mise en balance comme une interprétation élargie des conditions d'une fouille, perquisition ou saisie raisonnable au sens de l'art. 8. Sans prétendre que la mise en balance donne forcément le mauvais résultat, considérer l'analyse fondée sur l'art. 8 comme une simple mise en balance de l'intérêt de l'État et du droit de l'individu à la vie privée ne permet pas toujours de prendre en compte ce qu'il faut pour établir qu'une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable.

[102] Un problème est que la mise en balance peut laisser croire que, si l'objectif de l'État est suffisamment impérieux, il permet de passer outre à la retenue et aux procédures qui ouvrent la voie au contrôle judiciaire. À mon avis, ce ne saurait être le cas. Même lorsque l'objectif de l'État (comme en l'espèce) revêt une grande importance, l'État ne doit pas empiéter dans la sphère protégée de l'individu davantage que ne le justifie raisonnablement cet objectif, ni le faire en l'absence de garanties appropriées susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire. Je le répète, ce qui constitue une surveillance judiciaire adéquate peut varier selon la nature du régime et d'autres facteurs. Il n'est parfois pas nécessaire d'obtenir un mandat. Et un mécanisme d'appel administratif soumis au contrôle judiciaire peut suffire dans le cas des régimes réglementaires : voir, p. ex., *McKinlay Transport Ltd.* et *Branch*.

[103] Another concern with the balancing approach is that it may focus unduly on the seriousness of the intrusion of the search or seizure on the individual's privacy interest, conceived in terms of how "secret" or closeted the thing searched for or seized is. As a result, search and seizure of something that is not secret may be more easily justified, on the ground that the "privacy" expectation is low and so the state intrusion is minimal. The privacy interest should not be understood in the narrow sense of secrecy or what is unknown to others. It should rather be understood in the sense of what falls within the private sphere of the individual within which the individual reasonably expects to be free from state intrusion absent a higher state purpose and legal safeguards: see, e.g., *Dyment*, at pp. 427-29 and 431-35. As already mentioned, this private sphere has three dimensions: personal, informational (including anonymity, see *Spencer*, at paras. 35 and 38), and territorial.

[104] In this case, the claimants attack the law that authorizes the search and seizure as constitutionally unreasonable within the meaning of s. 8. I cannot agree.

[105] In my view, all three requirements of a reasonable search and seizure are met in this case. The state's purpose — to prevent death and serious injury on the highway from impaired driving — is important and capable of justifying intrusion into the private sphere of the individual's bodily substances. At this stage, the biggest challenge to the state is that the scheme takes breath samples without reasonable grounds or even suspicion to believe the driver is impaired to the point of affecting driving. However, the Province has produced compelling evidence that requiring such grounds would subvert the goal of preventing death and injury caused by impaired driving, and that routine tests are required to achieve the administrative scheme's purpose.

[103] La mise en balance pose un autre problème : elle risque de mettre indûment l'accent sur la gravité de l'atteinte par la fouille, perquisition ou saisie au droit de l'individu à la vie privée, vue sous l'angle de la mesure dans laquelle la chose recherchée ou saisie est « secrète » ou cachée. En conséquence, il peut être plus facile de justifier la fouille et la saisie de quelque chose qui n'est pas secret au motif que l'attente en matière de « vie privée » est faible et que l'atteinte de l'État est de ce fait minimale. Le droit à la vie privée ne doit pas s'entendre au sens strict du secret ou de ce qu'autrui ignore. Il doit plutôt s'entendre au sens de ce qui appartient à la sphère privée de l'individu dans laquelle ce dernier s'attend raisonnablement à être à l'abri de l'intrusion de l'État en l'absence d'un objectif supérieur de celui-ci et de garanties juridiques : voir, p. ex., *Dyment*, p. 427-429 et 431-435. Comme je l'ai déjà mentionné, cette sphère privée comporte trois dimensions : la personne, l'information (y compris l'anonymat, voir *Spencer*, par. 35 et 38) et les lieux.

[104] En l'espèce, les demandeurs attaquent la loi qui autorise la fouille, la perquisition et la saisie en la qualifiant d'abusives sur le plan constitutionnel au sens de l'art. 8. Je ne saurais être d'accord.

[105] J'estime que les trois conditions d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie raisonnable sont toutes réunies en l'espèce. L'objectif de l'État — prévenir les décès et les blessures graves imputables à la conduite avec facultés affaiblies — est important et susceptible de justifier l'intrusion dans la sphère privée des substances corporelles de l'individu. À ce stade, le plus grand défi auquel fait face l'État est que le régime permet aux policiers de prélever des échantillons d'haleine sans avoir des motifs raisonnables de croire ou même soupçonner que les facultés du conducteur sont affaiblies au point de nuire à sa conduite. La Province a toutefois produit une preuve convaincante selon laquelle le fait d'exiger la présence de tels motifs contrecarrerait l'objectif de prévenir les décès et les blessures causés par la conduite avec facultés affaiblies, et les tests de routine sont nécessaires pour atteindre l'objectif du régime administratif.

[106] The second requirement is also met. The seizure does not go further than reasonably necessary to achieve the state's purpose. In *McKinlay Transport Ltd.*, the Court, per Wilson J., held that compelled production of records was minimally intrusive of privacy rights because the securities regime at issue was regulatory, not criminal, and because the securities sector was highly regulated, reducing the expectation of privacy of the individual engaged in it. The same may be said here. The regime is regulatory and not criminal. And the activity of driving on highways is highly regulated and common in road enforcement. Moreover, obtaining a roadside breath sample is less intrusive than alternatives, such as compelling a driver to provide a breath sample at a police station or taking a blood sample.

[107] The third element presents the greatest difficulty. The question is whether judicial supervision is available. It is argued that the review is inadequate because the scheme does not provide the *Criminal Code* protections to ensure readings are accurate — namely a subsequent test with a more accurate device at the police station — and that it may be difficult for an individual to contest an inaccurate reading by the roadside testing device. However, the driver can request a second test on a different device at the roadside: *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 215.42(1) and (2). The driver may apply to have a suspension reviewed by the Superintendent of Motor Vehicles and present statements and evidence in support of her application: *ibid.*, s. 215.48 and 215.49. The Superintendent's decision is subject to judicial supervision by way of judicial review. Furthermore, despite a failed test, if the officer lacks reasonable grounds to believe the driver is impaired, he does not impose sanctions: *ibid.*, s. 215.41(3). This could be the case, for example, if he doubts the accuracy, reliability or functioning of the device or any other aspect of the analysis process: *Wilson v. British Columbia (Superintendent*

[106] La deuxième condition est également réunie. La saisie ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État. Dans *McKinlay Transport Ltd.*, la Cour, par l'entremise de la juge Wilson, a jugé que la production obligatoire de documents portait atteinte de façon minimale aux droits à la vie privée parce que le régime de réglementation des valeurs mobilières en cause était de nature réglementaire plutôt que criminelle et que ce secteur était fortement réglementé, ce qui a pour effet de réduire l'attente en matière de vie privée de la personne qui y œuvre. On peut dire la même chose en l'espèce. Le régime est de nature réglementaire, non criminelle. De plus, la conduite sur les routes est fortement réglementée et occupe une grande place dans l'application des règles de sécurité routière. Qui plus est, l'obtention d'un échantillon d'haleine lors d'un contrôle routier est moins envahissante que les solutions de rechange, telles que contraindre un conducteur à fournir un échantillon d'haleine au poste de police ou prélever un échantillon de sang.

[107] Le troisième élément est le plus problématique. La question est de savoir s'il est possible de recourir à la surveillance judiciaire. On soutient que le contrôle est inadéquat car le régime n'offre pas les garanties du *Code criminel* assurant l'exactitude des résultats — en l'occurrence un test subséquent administré au poste de police avec un appareil plus précis — et il peut être difficile pour une personne de contester un résultat inexact enregistré par l'alcootest. Le conducteur peut cependant demander qu'un deuxième test soit effectué à l'aide d'un autre appareil lors du contrôle routier : *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, par. 215.42(1) et (2). Il peut aussi demander que le Superintendent of Motor Vehicles (« Surintendant ») révise une suspension et présenter des déclarations et autres éléments de preuve à l'appui de sa demande : *ibid.*, art. 215.48 et 215.49. La décision du Surintendant peut être soumise à la surveillance des tribunaux par voie de contrôle judiciaire. En outre, si, malgré l'échec au test, le policier n'a pas de motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur sont affaiblies, il ne lui impose pas de sanction : *ibid.*, par. 215.41(3). Ce pourrait être le cas, par exemple,

of Motor Vehicles), 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300, at para. 29.

[108] Although the manner of the search was not challenged in this case, it of course is also subject to constitutional scrutiny. At the review stage, the driver can challenge the reasonableness of the search under s. 8 and the Superintendent can, if warranted, exclude the evidence under s. 24(2): see *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

[109] In the end, the differences between the provisions for judicial review under the *Criminal Code* on the one hand, and the provincial roadside suspension scheme here at issue, reflect the fact that the *Criminal Code* provisions are penal, while the roadside suspension provisions are regulatory. The administrative nature of the scheme and the nature of the driver's interests at play justify the administrative nature of the review, as do the less stringent provisions to ensure accuracy of the sample. (If sanctions under an administrative scheme were more severe, for example if the deprivation itself engaged a *Charter* right, more direct judicial supervision may be required under s. 8. However, that is not before us.) The ultimate question is whether the review provisions of the roadside suspension scheme offer reasonable protection against abusive exercise of the state power to intrude on the individual's private sphere, having regard to the nature of the scheme and the privacy interests at stake. In my view, the answer to this question is yes.

[110] I would therefore allow the appeal of the British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and Attorney General of British Columbia.

si le policier a des doutes au sujet de l'exactitude, de la fiabilité ou du fonctionnement de l'appareil ou de tout autre aspect du processus d'analyse : *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300, par. 29.

[108] Bien que la manière de procéder à la fouille n'ait pas été contestée en l'espèce, elle est évidemment sujette à un examen de sa constitutionnalité. Au stade du contrôle, le conducteur peut remettre en question le caractère raisonnable de la fouille en vertu de l'art. 8 et il est loisible au Surintendant d'écarter la preuve au titre du par. 24(2) dans les cas où cela est justifié : voir *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

[109] Au bout du compte, les différences entre les dispositions du *Code criminel* relatives au contrôle judiciaire et le régime provincial de suspension imposée lors d'un contrôle routier en litige dans la présente affaire traduisent le fait que les dispositions du *Code criminel* sont de nature pénale, tandis que celles sur la suspension imposée lors d'un contrôle routier sont de nature réglementaire. Le caractère administratif du régime ainsi que la nature des droits du conducteur en jeu justifient la nature administrative du contrôle, tout comme les dispositions moins strictes visant à assurer l'exactitude de l'échantillon. (Si les sanctions prévues par un régime administratif étaient plus sévères, par exemple si l'atteinte elle-même faisait intervenir un droit garanti par la *Charte*, l'art. 8 pourrait exiger une surveillance judiciaire plus directe. Nous ne sommes toutefois pas en présence d'une telle situation.) La question fondamentale est de savoir si les dispositions du régime de suspension en matière de révision offrent une protection raisonnable contre l'exercice abusif du pouvoir de l'État d'empiéter dans la sphère privée de l'individu, eu égard à la nature du régime et aux droits à la vie privée en jeu. J'estime qu'il faut y répondre par l'affirmative.

[110] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de la Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et du procureur général de cette province.

Appeals dismissed, McLACHLIN C.J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant/respondent Richard James Goodwin: Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the appellants/respondents British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondents Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts and Carol Marion Beam: Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.

Pourvois rejetés, la juge en chef McLACHLIN est dissidente en partie.

Procureurs de l'appelant/intimé Richard James Goodwin : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur des appelants/intimés Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) et le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs des intimés Jamie Allen Chisholm, Scott Roberts et Carol Marion Beam : Gudmundseth Mickelson, Vancouver; Carr Buchan & Company, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Dolgin, Marshman Law, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the interveners the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) and the Criminal Defence Lawyers Association (Calgary): Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the intervener the Alberta Registrar of Motor Vehicle Services: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Mothers Against Drunk Driving Canada: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) et Criminal Defence Lawyers Association (Calgary) : Gunn Law Group, Edmonton; Savage Oykhman, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Greenspan Partners, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intervenant Alberta Registrar of Motor Vehicle Services : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Victoria; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Julie Guindon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Chartered Professional Accountants Canada
and Canadian Constitution
Foundation** *Interveners*

INDEXED AS: **GUINDON v. CANADA****2015 SCC 41**

File No.: 35519.

2014: December 5; **2015: July 31.**Present: Abella, **Rothstein, Cromwell**, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Income tax — Penalty for misrepresentation — Individual assessed for penalties under s. 163.2 of Income Tax Act, which imposes monetary penalties on every person who makes false statement that could be used by another person for purpose of Act — Whether proceeding under s. 163.2 is criminal in nature or leads to imposition of true penal consequences — Whether individual assessed for penalties is person “charged with an offence” within meaning of s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 163.2.

Constitutional law — Courts — Procedure — Notice of constitutional question given to attorneys general in this Court but not in courts below — Whether this Court should exercise its discretion to address merits of constitutional issue — Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.

**Please see in particular paras. 3,
41-47, 49-50, 74-77, 81, 84 and 88**

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureure générale du Québec,
Comptables professionnels agréés du Canada
et Canadian Constitution
Foundation** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **GUINDON c. CANADA****2015 CSC 41**

N° du greffe : 35519.

2014 : 5 décembre; 2015 : 31 juillet.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Impôt sur le revenu — Pénalité pour faux énoncé — Cotisation établie à l’égard d’un particulier suivant l’art. 163.2 de la Loi de l’impôt sur le revenu, lequel rend passible d’une sanction pécuniaire toute personne qui fait un faux énoncé qu’un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l’application de la Loi — La procédure qui découle de cet article est-elle de nature criminelle ou entraîne-t-elle de véritables conséquences pénales? — La personne qui se voit infliger une pénalité est-elle « inculpée » au sens de l’art. 11 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 163.2.

Droit constitutionnel — Tribunaux — Procédure — Avis de question constitutionnelle donné aux procureurs généraux dans l’instance devant la Cour, mais non dans les instances précédentes — Y a-t-il lieu que la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de connaître de la question constitutionnelle sur le fond? — Loi sur la Cour canadienne de l’impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.

The Minister of National Revenue assessed G for penalties under s. 163.2 of the *Income Tax Act* for statements she made in donation receipts issued on behalf of a charity, which she knew or would reasonably be expected to have known could be used by taxpayers to claim an unwarranted tax credit. G appealed the Minister's assessment to the Tax Court of Canada. In her oral submissions, she argued that the penalties imposed under s. 163.2 are criminal and that she is therefore a person "charged with an offence" who is entitled to the procedural safeguards of s. 11 of the *Charter*. In her notice of appeal, however, she did not raise any *Charter* issue and did not provide notice of a constitutional question to the attorneys general as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. The Tax Court accepted G's argument and vacated the penalty assessment. The Federal Court of Appeal set aside that decision and restored the assessment against G.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Rothstein, Cromwell, Moldaver and Gascon JJ.: This Court has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of a constitutional issue when proper notice of constitutional question has been given in this Court, even though the issue was not properly raised in the courts below. That discretion should be exercised taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice. The burden is on the appellant to persuade the Court that in light of all of the circumstances, it should exercise its discretion.

This is a case in which this Court's discretion ought to be exercised. The issue raised is important to the administration of the *Income Tax Act* and it is in the public interest to decide it. All attorneys general were given notice of constitutional question in this Court. Two intervened, the attorneys general of Ontario and Quebec. No provincial or territorial attorney general suggested that he or she was deprived of the opportunity to adduce evidence or was prejudiced in any other way. No one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record. The attorneys general of Ontario and of Quebec addressed the merits of the constitutional argument. This Court also has the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below. Finally, there was no deliberate flouting of

Sur le fondement de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national a infligé à G une pénalité pour les reçus de dons à un organisme de bienfaisance qu'elle avait délivrés alors qu'elle savait ou aurait dû raisonnablement savoir qu'ils pourraient être utilisés par des contribuables pour obtenir un crédit d'impôt injustifié. G a interjeté appel de la cotisation établie par le ministre en Cour canadienne de l'impôt. Dans sa plaidoirie orale, elle a fait valoir que la pénalité fondée sur l'art. 163.2 était de nature criminelle, ce qui faisait d'elle une « inculpé[e] » ayant droit aux garanties procédurales de l'art. 11 de la *Charte*. Dans son avis d'appel, elle n'avait pas soulevé de question relative à la *Charte*, et nul avis de question constitutionnelle n'avait été signifié aux procureurs généraux comme l'exigeait l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*. La Cour de l'impôt a fait droit à la thèse de G et a annulé la pénalité. La Cour d'appel fédérale a écarté cette décision et rétabli la cotisation.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Gascon : La Cour possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d'examiner une question constitutionnelle au fond lorsque l'avis requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n'a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Il y a lieu d'exercer ce pouvoir compte tenu de l'ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l'affaire se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général. Il incombe à l'appellant de convaincre la Cour de l'opportunité, au vu de toutes les circonstances, d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

Il s'agit en l'espèce d'un cas où il convient que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire. La question soulevée importe pour l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée. Les procureurs généraux ont tous reçu un avis de question constitutionnelle pour les besoins du pourvoi. Deux d'entre eux sont intervenus, soit ceux de l'Ontario et du Québec. Nul procureur général d'une province ou d'un territoire n'a laissé entendre qu'il avait été privé de la possibilité de produire des éléments de preuve ou qu'il avait subi quelque autre préjudice. Nul n'a soutenu qu'une preuve supplémentaire s'imposait, sans compter qu'aucune demande d'autorisation d'étoffer la preuve n'a été présentée. Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec se sont exprimés sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel. La Cour dispose en outre des

the notice requirement: G had advanced an arguable, although not ultimately successful, position that notice was not required in the circumstances of this case.

As for the merits, or the constitutional issue itself, it should be decided in favour of the respondent. Proceedings under s. 163.2 of the *Income Tax Act* are of an administrative nature. They are not criminal in nature and do not lead to the imposition of true penal consequences. Therefore, G is not a person “charged with an offence” and accordingly, the protections under s. 11 of the *Charter* do not apply.

A proceeding is criminal in nature when it is aimed at promoting public order and welfare within a public sphere of activity. Proceedings of an administrative nature, on the other hand, are primarily intended to maintain compliance or to regulate conduct within a limited sphere of activity. The focus of the inquiry is not on the nature of the act which is the subject of the proceedings, but on the nature of the proceedings themselves, taking into account their purpose as well as their procedure.

The purpose of the proceedings in issue is to promote honesty and deter gross negligence, or worse, on the part of the preparers. Enacted in 2000, s. 163.2 contains two administrative penalties: the “planner penalty” in subs. (2) and the “preparer penalty” in subs. (4). The planner penalty is not at issue in this appeal. The preparer penalty is intended to apply when an individual has made, participated in, assented to, or acquiesced in the making of a false statement. The preparer penalty is narrow: the false statement must be made knowingly or in circumstances amounting to culpable conduct. Culpable conduct is defined in s. 163.2(1) as “conduct, whether an act or a failure to act, that (a) is tantamount to intentional conduct; (b) shows an indifference as to whether [the *Income Tax Act*] is complied with; or (c) shows a wilful, reckless or wanton disregard of the law”. While there has been debate as to the scope of “culpable conduct”, the standard must be at least as high as gross negligence. The third party penalties are meant to capture serious conduct, not ordinary negligence or simple mistakes on the part of a tax preparer or planner.

motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle. Enfin, il n’y a pas eu méconnaissance délibérée de l’exigence d’un avis : G a défendu, quoiqu’en vain, la thèse soutenable que l’avis n’était pas requis dans les circonstances de l’espèce.

Quant à la question de fond, à savoir la question constitutionnelle comme telle, il y a lieu de la trancher en faveur de l’intimée. Les procédures découlant de l’application de l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* sont de nature administrative. Elles ne sont pas de nature criminelle, et nulle véritable conséquence pénale n’en résulte. G n’est donc pas une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, de sorte qu’elle ne bénéficie pas des protections que garantit cette disposition.

Une procédure est de nature criminelle lorsqu’elle vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique. Par contre, une procédure est de nature administrative lorsqu’elle vise principalement l’observation de règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité délimitée. Il ne faut pas s’attacher à la nature de l’acte qui est à l’origine de la procédure, mais bien à la nature de la procédure comme telle, compte tenu de son objectif et de ses modalités.

L’objectif de la procédure en cause est de promouvoir l’honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave. Édité en 2000, l’art. 163.2 prévoit deux sanctions administratives, l’une infligée au planificateur (par. (2)), l’autre au spécialiste en déclarations (par. (4)). La « pénalité du planificateur » n’est pas en cause en l’espèce. La « pénalité du spécialiste en déclarations » est censée s’appliquer lorsqu’une personne a fait un faux énoncé ou a participé, consenti ou acquiescé à un faux énoncé fait par une autre personne. Son champ d’application est restreint : le faux énoncé doit avoir été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à une conduite coupable, laquelle est définie au par. 163.2(1) comme étant « [c]onduite — action ou défaut d’agir — qui, selon le cas [. . .] a) équivaut à une conduite intentionnelle; b) montre une indifférence quant à l’observation de la [*Loi de l’impôt sur le revenu*]; c) montre une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi ». Bien que la portée de la définition de « conduite coupable » soit objet de débats, la norme appliquée doit être au moins aussi stricte que pour la faute lourde. La pénalité infligée au tiers vise à sanctionner une conduite grave, mais non la négligence ordinaire ou la simple erreur du spécialiste en déclarations ou du planificateur.

With respect to the process itself, the analysis is concerned with the extent to which it bears the traditional hallmarks of a criminal proceeding. Here, the Canada Revenue Agency auditors conduct a penalty audit, advise the preparer or planner in writing of the audit, and consider any representation that the individual chooses to make before imposing the penalty. This administrative process can be contrasted with the process which applies to criminal offences. No one is charged. No information is laid against anyone. No one is arrested. No one is summoned to appear before a court of criminal jurisdiction. No criminal record will result from the proceedings. At worst, once the administrative proceeding is complete and all appeals are exhausted, if the penalty is upheld and the person liable to pay still refuses to do so, he or she risks being forced to pay by way of a civil action.

In addition to not being criminal in nature, the process under s. 163.2 of the *Income Tax Act* does not lead to the imposition of any “true penal consequence”. A true penal consequence is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance. A monetary penalty may or may not be a true penal consequence. It will be so when it is, in purpose or effect, punitive. Whether this is the case is assessed by looking at considerations such as the magnitude of the fine, to whom it is paid, whether its magnitude is determined by regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing, and whether stigma is associated with the penalty.

In this case, the penalties assessed against G do not impose a true penal consequence — the magnitude reflects the objective of deterring conduct of the type she engaged in. The Tax Court found that G wrote and endorsed a legal opinion that she knew was flawed and misleading: in the opinion, she stated that she had reviewed supporting material which had in fact never been provided to her. Later, when she signed donation receipts for charity, she chose to rely on her own legal opinion which she knew to be incomplete. In short, the Tax Court found that G’s conduct was indicative either of complete disregard of the law and whether it was complied with or not or of wilful blindness.

En ce qui a trait au processus comme tel, la question est celle de savoir dans quelle mesure il présente les caractéristiques habituelles d’une procédure criminelle. Les vérificateurs de l’Agence du revenu du Canada effectuent une vérification, en informent par écrit le spécialiste en déclarations ou le planificateur et examinent toute observation de ce dernier avant de recommander l’imposition d’une pénalité. La comparaison de ce processus administratif avec le processus que prévoit la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour une infraction criminelle révèle de nettes différences. Personne n’est inculpé. Aucune dénonciation n’est déposée contre qui que ce soit. Nul n’est arrêté. Personne n’est sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale. Aucun casier judiciaire n’en résulte. Au pire des cas, une fois la procédure administrative et les appels épuisés, si la pénalité est maintenue et que la personne redevable refuse toujours de payer, cette dernière risque d’être contrainte civilement de le faire.

Non seulement la procédure découlant de l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* n’est pas de nature criminelle, mais elle n’entraîne aucune « véritable conséquence pénale ». La véritable conséquence pénale s’entend de la peine d’emprisonnement ou de l’amende qui, compte tenu de son importance et d’autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d’assurer l’observation de la loi. Une sanction pécuniaire peut ou non constituer une véritable conséquence pénale. C’est le cas lorsque, par son objet ou son effet, elle est punitive. Pour le savoir, il faut tenir compte de choses comme le montant de l’amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu’à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non.

En l’espèce, la pénalité infligée à G ne constitue pas une véritable conséquence pénale, car son montant élevé reflète l’objectif de décourager des actes comme ceux qui ont été accomplis. La Cour de l’impôt a conclu que G avait rédigé et signé une opinion juridique qu’elle savait lacunaire et trompeuse en ce qu’elle y affirmait avoir examiné des documents à l’appui qui, en réalité, ne lui avaient jamais été remis. Plus tard, lorsqu’elle a signé les reçus de dons pour l’organisme de bienfaisance, elle a décidé de se fier à sa propre opinion juridique qu’elle savait incomplète. En bref, la Cour de l’impôt a conclu que la conduite de G témoignait d’une indifférence totale à l’égard de la loi et de la question de savoir si celle-ci était respectée ou non, ou d’un aveuglement volontaire.

Per Abella, Karakatsanis and Wagner JJ.: There is no ambiguity in the text of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. It explicitly states that the court shall not adjudge a law to be invalid, inapplicable or inoperative unless the notice requirements are satisfied. Because G failed to satisfy those requirements, the Tax Court judge was not entitled to deal with the constitutional issue. This Court, however, has the discretion to entertain new issues. The question in this case, therefore, is how that discretion should be exercised when the new issue raised is a constitutional one which was subject to a mandatory notice requirement in the court or tribunal of first instance. The existence of such a notice requirement argues for the discretion being a very narrow one which should only sparingly be exercised to avoid the practice and perception that such mandatory provisions can be circumvented by raising constitutional arguments as new issues and giving notice for the first time in this Court.

As this Court explained in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, provisions that require litigants to file notice of a constitutional question serve two central purposes: extending a full opportunity to governments to defend their legislation and ensuring that an evidentiary record that is the result of thorough examination is before the court.

Eaton remains the only case in which this Court has explicitly and fully considered the policy and evidentiary consequences of the failure to give the requisite notice of a constitutional issue in the court or tribunal where it was required. With the exception of cases where *de facto* notice was given or the Attorneys General consented to proceeding in the absence of notice, the Court concluded that such notice provisions were mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence. There was, the Court held, no need to show actual prejudice since absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. Prejudice is assumed from the failure to give notice since it means that a party entitled to make representations has been denied the opportunity to do so.

In *Eaton*, this Court declined to hear the constitutional issue because the required notice had not been given in previous proceedings. There is no suggestion in any subsequent decision of this Court that the notice issue was wrongly decided in *Eaton*. As a result, as *Eaton* directs,

Les juges Abella, Karakatsanis et Wagner : Le texte de l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* est sans équivoque. Il prévoit explicitement qu'une loi ne peut être déclarée invalide, inapplicable ou sans effet que s'il a été satisfait à l'exigence d'un avis. Comme G n'a pas satisfait à cette exigence, le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour entreprendre l'étude de la question constitutionnelle. La Cour possède toutefois un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'entendre de nouvelles questions. Il s'agit donc en l'espèce de déterminer comment ce pouvoir doit être exercé lorsque la nouvelle question soulevée est de nature constitutionnelle et qu'elle exige la signification d'un avis en première instance. L'exigence d'un avis appuie la thèse de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire très limité que la Cour doit exercer avec circonspection afin d'éviter que ne se généralise le contournement de dispositions obligatoires — ou l'impression que l'on peut les contourner — par la formulation d'arguments constitutionnels qualifiés de questions nouvelles et la signification d'un premier avis devant la Cour.

Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, notre Cour a expliqué que la disposition qui exige d'un plaideur qu'il dépose un avis de question constitutionnelle a deux objectifs principaux : donner aux gouvernements une occasion véritable de défendre la validité de leurs lois et faire en sorte que le tribunal dispose d'un dossier de preuve complet qui résulte d'un examen en profondeur.

L'arrêt *Eaton* demeure le seul arrêt dans lequel la Cour a examiné de manière explicite et approfondie les conséquences sur le plan de la politique générale et de la preuve de l'omission de donner l'avis de question constitutionnelle requis devant la juridiction qui l'exige. Sauf les cas dans lesquels l'avis a été donné *de facto* ou les procureurs généraux ont consenti à l'examen de la question malgré l'absence d'avis, la Cour a estimé que la disposition en cause impose une obligation et que l'omission de donner l'avis invalide la décision rendue en son absence. Elle a ajouté qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice puisque l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. L'omission de donner l'avis fait présumer le préjudice car elle empêche une partie qui y a droit de faire valoir son point de vue.

Dans l'arrêt *Eaton*, la Cour a refusé d'entreprendre l'étude de la question constitutionnelle parce que l'avis requis n'avait pas été donné dans les instances antérieures. Aucun autre arrêt ultérieur de la Cour ne permet de conclure que la question de l'avis a fait l'objet d'une

the mandatory language of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* and its underlying policy rationales support the conclusion that this Court should not, absent exceptional circumstances, adjudicate the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* in the absence of notice in the Tax Court.

Notice provisions play a particularly crucial role in *Charter* litigation, where, if an applicant successfully establishes a violation of an enumerated right, the burden shifts to the government to demonstrate on a balance of probabilities that the legislation in question is justified under s. 1 of the *Charter*. Notice provisions therefore protect the public interest by giving Attorneys General an opportunity to present evidence so that a court can assess the constitutionality of the law fully and fairly. Bypassing this crucial evidentiary step in a first instance forum where the evidence can be properly tested and challenged, erodes not only the credibility of the outcome, but also public confidence that *Charter* compliance will be robustly reviewed. And notice is essential not just for the Attorney General whose legislation is being challenged, but also for the other Attorneys General whose legislation may be incidentally affected by the outcome of the case and who, as a result, may wish to intervene. Prejudice to the public is presumed from the failure to have full *Charter* scrutiny when it is first required. The central role notice provisions play in our constitutional democracy is reflected in the fact that every province and territory has a law requiring that notice of a constitutional question be served on the provincial and territorial Attorneys General, and, at times, also requiring that the Attorney General of Canada be served.

The failure to notify Attorneys General in the forum where notice is required and doing so only for the first time in *this* Court undermines the purposes underlying the notice provisions. Most significantly, it undermines public confidence because it extinguishes the legislative assurances that this Court will have the benefit of a complete and tested record when scrutinizing the constitutionality of legislation.

Moreover, if this Court arrogates to itself a broad authority to retroactively remedy a failure to give notice in the Tax Court where it is required, the mandatory

décision erronée dans *Eaton*. Partant, comme le prescrit cet arrêt, le libellé impératif de l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et les considérations de politique générale qui le sous-tendent appuient la conclusion selon laquelle, sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne doit pas se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* étant donné l'absence d'un avis en Cour de l'impôt.

L'exigence législative d'un avis joue un rôle particulièrement vital dans une affaire relative à la *Charte*, car si le plaideur établit l'atteinte à un droit énuméré, il appartient alors à l'État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition en cause est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'exigence législative d'un avis protège l'intérêt public en permettant aux procureurs généraux de présenter des éléments de preuve afin que le tribunal puisse examiner la constitutionnalité de la disposition de manière complète et équitable. Contourner cette étape cruciale sur le plan de la preuve en première instance, où les éléments offerts peuvent être dûment vérifiés et contestés, compromet non seulement la crédibilité de la décision, mais aussi la confiance des citoyens dans le contrôle constitutionnel rigoureux des lois. L'avis s'impose vis-à-vis non seulement du procureur général du ressort dont la disposition législative est contestée, mais aussi des procureurs généraux des autres ressorts dont les dispositions législatives peuvent être touchées de manière incidente par l'issue de l'affaire et qui, de ce fait, peuvent souhaiter intervenir. Le préjudice subi par le public est présumé puisqu'un examen approfondi des dispositions au regard de la *Charte* n'a pas eu lieu alors qu'il s'imposait dans l'instance antérieure. Dans notre démocratie constitutionnelle, le rôle capital de l'avis se traduit par l'existence, dans chacune des provinces et dans chacun des territoires, d'une disposition exigeant qu'un avis de question constitutionnelle soit signifié aux procureurs généraux des provinces et des territoires et, parfois, au procureur général du Canada.

Le fait de ne pas avoir signifié un avis aux procureurs généraux devant la juridiction qui l'exigeait et d'en avoir signifié un pour la première fois devant *notre* Cour porte atteinte à la raison d'être des dispositions en cause. Mais surtout, il en résulte une brèche dans la confiance du public puisqu'il y a anéantissement des garanties légales censées faire en sorte que la Cour dispose d'un dossier de preuve complet et vérifié pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives.

Qui plus est, si la Cour s'attribuait un large pouvoir de remédier rétroactivement à l'omission de donner l'avis requis en Cour de l'impôt, le caractère obligatoire

character of s. 19.2 is eroded. Permitting the artifice of notice at this Court to replace notice in the forum from which an appeal is taken would, in effect, permit parties to do an “end run” around these mandatory notice provisions. Such an approach would have the effect of replacing *Eaton*’s presumption of prejudice with an assumption of no prejudice if notice is *eventually* given in this Court. Not only does this send the message that compliance with mandatory notice provisions is merely optional, it also has the effect of making them essentially discretionary.

The mandatory wording of the *Tax Court of Canada Act* and the policy reasons underlying notice provisions therefore lead to the conclusion that, in addition to the two exceptions set out in *Eaton* — *de facto* notice and the consent of the Attorneys General — absent exceptional circumstances, this Court should not entertain a constitutional argument where notice was not properly provided in the court or tribunal of first instance. Exceptional circumstances include those where the constitutional issue has an overwhelming urgency or public importance that justifies hearing it in this Court, or where the party bringing the constitutional challenge had little choice but to raise it for the first time in this Court.

In this case, G failed to serve notice of a constitutional question before the Tax Court. She once again failed to serve the notice required by s. 57 of the *Federal Courts Act* in proceedings before the Federal Court of Appeal. Before this Court, G filed notice for the first time. She attempted to bring her case outside the scope of s. 19.2 by arguing that she was merely asserting her *Charter* rights, as opposed to seeking a declaration of invalidity, inapplicability or inoperability. Having raised a constitutional argument, however, G was bound by the notice requirements that govern its determination. The protections set out in s. 11 of the *Charter* cannot simply be read into the regulatory scheme without rendering s. 163.2 invalid, inapplicable or inoperative. The *Income Tax Act* provides a set of procedures and processes that are distinct from those set out in the *Criminal Code*. Section 34(2) of the *Interpretation Act*, as a result, does not apply.

Neither exception from *Eaton* applies in this case. Nor are there any exceptional circumstances: there is no particular urgency or overwhelming public importance that distinguishes this case from other constitutional cases,

de l’art. 19.2 serait affaibli. Permettre le stratagème qui consiste à substituer l’avis devant notre Cour à celui requis par le tribunal dont la décision est portée en appel reviendrait en fait à permettre au plaideur de passer outre aux dispositions obligatoires en cause. Ce serait aussi écarter la présomption de préjudice reconnue dans *Eaton* au bénéfice d’un postulat d’absence de préjudice lorsqu’un avis est *finale*ment signifié devant notre Cour. Ce serait non seulement transmettre le message que l’observation des dispositions exigeant l’avis est purement facultative, mais aussi conférer à cette obligation un caractère essentiellement optionnel.

Les termes impératifs employés dans la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* et les raisons de principe qui sous-tendent les dispositions sur l’avis mènent donc à la conclusion que, outre les deux exceptions reconnues dans *Eaton* — l’avis *de facto* et le consentement des procureurs généraux —, la Cour ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, connaître d’une question constitutionnelle alors qu’un avis n’a pas dûment été donné en première instance. Au nombre des circonstances exceptionnelles, mentionnons l’urgence extrême ou l’importance publique de trancher la question constitutionnelle qui justifie la Cour de l’entendre ou l’absence d’un autre choix, pour la partie en cause, que celui de soulever la question constitutionnelle pour la première fois devant la Cour.

Dans la présente affaire, G n’a pas signifié d’avis de question constitutionnelle en Cour de l’impôt. Elle ne l’a pas fait non plus en Cour d’appel fédérale, alors que l’art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* l’exigeait. Elle l’a fait pour la première fois devant notre Cour. Elle a tenté d’échapper à l’application de l’art. 19.2 en soutenant qu’elle faisait seulement valoir ses droits constitutionnels, par opposition à demander que la disposition attaquée soit déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Mais comme elle a soulevé un argument constitutionnel, elle était tenue au respect des exigences procédurales applicables pour que la cour saisie puisse se prononcer. On ne peut tout bonnement intégrer les garanties de l’art. 11 de la *Charte* au régime de réglementation sans rendre l’art. 163.2 invalide, inapplicable ou sans effet. La *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit un ensemble de procédures et de processus qui diffèrent de ceux du *Code criminel*. Le paragraphe 34(2) de la *Loi d’interprétation* ne s’applique donc pas.

Ni l’une ni l’autre des exceptions de l’arrêt *Eaton* ne s’appliquent en l’espèce. Il n’existe pas non plus de circonstances exceptionnelles : nulle urgence particulière ou importance manifeste pour le public ne distingue la

and there is virtually no explanation for why notice was not given where required in the prior proceedings.

At the Tax Court, the Attorney General of Canada objected to G's constitutional argument, arguing that notice was required. Neither the Attorney General of Canada, nor the provincial Attorneys General whose own regulatory schemes could clearly be affected by the outcome, had the opportunity to fully participate in building the necessary evidentiary record before the Tax Court. And two of the three Attorneys General who participated in this Court objected to the failure to provide notice at the Tax Court. Far from conceding that there was no prejudice, the Attorney General of Canada in fact insisted that there *was* prejudice to the public from the failure to provide notice. The burden of showing the contrary is on G, not on the Attorneys General. Moreover, it is impossible in the absence of a full evidentiary record and argument, to conclude that this Court has the benefit of full developed reasons for judgment on the constitutional point from both of the courts below.

To consider the constitutional issue in this case, as the majority does, essentially means that it could be exercised in any case where the Court is sufficiently attracted by the constitutional issue, notwithstanding the public importance of notice provisions, the wording of s. 19.2, and the binding precedent of *Eaton*. G knew that the Attorney General of Canada had objected to her failure to file notice before the Tax Court when she made her closing argument, yet even in the Federal Court of Appeal, she failed to file the required notice. Essentially, she took the risk of gambling with public resources, rather than simply complying with plain statutory requirements.

Cases Cited

By Rothstein and Cromwell JJ.

Applied: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; **discussed:** *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; **referred to:** *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr v. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427; *Citation Industries Ltd. v. C.J.A.*, Loc. 1928 (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *Performance*

présente espèce d'une autre affaire constitutionnelle, et aucune explication de l'absence d'avis dans les instances antérieures n'a pour ainsi dire été offerte.

En Cour de l'impôt, le procureur général du Canada s'est opposé à la thèse constitutionnelle de G au motif qu'un avis aurait dû être donné. Ni lui ni les procureurs généraux des provinces dont les régimes de réglementation pouvaient nettement être touchés par la décision n'ont eu la possibilité de participer pleinement à la confection du dossier de preuve nécessaire en Cour de l'impôt. D'ailleurs, deux des trois procureurs généraux ayant pris part à l'instance devant notre Cour ont dénoncé l'absence d'avis en Cour de l'impôt. Loin de concéder qu'aucun préjudice n'avait été causé en l'espèce, le procureur général du Canada a insisté sur le fait que cette omission *avait causé* un préjudice au public. Il incombe à G, non aux procureurs généraux, de prouver le contraire. En outre, faute d'un dossier de preuve complet sur lequel les parties ont débattu, il est impossible de conclure que la Cour dispose de motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle.

Examiner la question constitutionnelle en l'espèce comme le préconisent les juges majoritaires ferait essentiellement en sorte que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire chaque fois qu'une question constitutionnelle l'interpelle, indépendamment de l'importance pour le public des dispositions en matière d'avis, du libellé de l'art. 19.2 et du caractère obligatoire de l'arrêt *Eaton*. Lorsqu'elle a présenté son exposé final, G savait que le procureur général avait dénoncé son omission de déposer un avis devant la Cour de l'impôt. Pourtant, même en Cour d'appel fédérale, elle n'a pas déposé l'avis requis. En somme, elle a fait le pari d'aller de l'avant au risque de porter atteinte aux ressources publiques au lieu de simplement respecter les exigences claires de la loi.

Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Cromwell

Arrêts appliqués : *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; **arrêt analysé :** *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; **arrêts mentionnés :** *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr c. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427; *Citation Industries Ltd. c. C.J.A.*, Loc. 1928 (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988]

Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Bank of Montreal v. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, rev'd [1990] 1 S.C.R. 121; *Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 443, aff'g (1992), 93 D.L.R. (4th) 334; *Tseshaht v. British Columbia*, S.C.C., No. 23234, May 2, 1994 (*Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1994, p. 756), notice of discontinuance filed, [1995] 1 S.C.R. xi; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, rev'g (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, rev'g 2002 CanLII 16257; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, rev'g 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Venne v. The Queen*, [1984] C.T.C. 223; *Sirois (L.C.) v. Canada*, 1995 CarswellNat 555 (WL Can.); *Keller v. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.); *Sidhu v. R.*, 2004 TCC 174, [2004] 2 C.T.C. 3167; *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1; *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

By Abella and Wagner JJ.

Applied: *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; **referred to:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Bekker v. Minister of National Revenue*, 2004 FCA 186, 323 N.R. 195; *B.C.T.F. v. British Columbia (Attorney General)*, 2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267; *Paluska v. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469; *Maurice v. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894; *R. v. Nome*, 2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241; *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383; *Gitxsan*

1 R.C.S. 1033; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Bank of Montreal c. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, inf. par [1990] 1 R.C.S. 121; *Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 443, conf. (1992), 93 D.L.R. (4th) 334; *Tseshaht c. Colombie-Britannique*, C.S.C., n° 23234, 2 mai 1994 (*Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1994, p. 756), avis de désistement produit, [1995] 1 R.C.S. xi; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, inf. (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, inf. 2002 CanLII 16257; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, inf. 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL); *Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.); *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.); *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174; *Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.*, 2011 CAF 176; *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492; *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295; *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

Citée par les juges Abella et Wagner

Arrêt appliqué : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *B.C.T.F. c. British Columbia (Attorney General)*, 2009 BCSC 436, 94 B.C.L.R. (4th) 267; *Paluska c. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469; *Maurice c. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894; *R. c. Nome*, 2010 SKCA 147, 362 Sask. R. 241; *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383; *Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*,

Treaty Society v. Hospital Employees' Union, [2000] 1 F.C. 135; *Mercier v. Canada (Correctional Service)*, 2010 FCA 167, [2012] 1 F.C.R. 72; *R. v. Lord*, 2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 473, [2004] 2 F.C.R. 108; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, 2012 SCC 38, [2012] 2 S.C.R. 376; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Banks and Banking Law Revision Act, 1980, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, s. 178(3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11, 15, 25.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 95.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36, Part VI.
Constitution Act, 1867, s. 92(15).
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8.
Constitutional Questions Act, C.C.S.M., c. C180, s. 7(2).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89, s. 10(2).
Constitutional Questions Act, R.S.Y. 2002, c. 39, s. 2(1).
Constitutional Questions Act, 2012, S.S. 2012, c. C-29.01, s. 13.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 57(1).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), Part I, Division I, ss. 163(2), 163.2, 165, 169, Part XV, ss. 220(3.1), 238, 239, 244.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(2).
Investment Canada Act, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Supp.).
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24(1).
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22(3).
Judicature Act, R.S.N.L. 1990, c. J-4, s. 57.
Judicature Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 59(2).
Judicature Act, S.N.W.T. (Nu.) 1998, c. 34, s. 58(1).

[2000] 1 C.F. 135; *Mercier c. Canada (Service correctionnel)*, 2010 CAF 167, [2012] 1 R.C.F. 72; *R. c. Lord*, 2011 BCCA 295, 307 B.C.A.C. 285; *Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 473, [2004] 2 R.C.F. 108; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Ré:Sonnie c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38, [2012] 2 R.C.S. 376; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11, 15, 25.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 95.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, c. 68, art. 8.
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89, art. 10(2).
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 24(1).
Judicature Act, R.S.N.L. 1990, c. J-4, art. 57.
Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, art. 49(1).
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(15).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 34(2).
Loi de 1980 remaniant la législation bancaire, L.C. 1980-81-82-83, c. 40, art. 178(3).
Loi de 2012 sur les questions constitutionnelles, L.S. 2012, c. C-29.01, art. 13.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), partie I, section I, art. 163(2), 163.2, 165, 169, partie XV, art. 220(3.1), 238, 239, 244.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.
Loi sur Investissement Canada, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.).
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, c. J-2, art. 22(3).
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 59(2).

Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, s. 49(1).
Limitation of Civil Rights Act, R.S.S. 1978, c. L-16.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 122(1), 127(1)9, 134(4).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 43(1.1).
Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 19.2.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1.

Loi sur l'organisation judiciaire, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, c. 34, art. 58(1).
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36, partie VI.
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 19.2.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 43(1.1).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 57(1).
Loi sur les questions constitutionnelles, C.P.L.M., c. C180, art. 7(2).
Loi sur les questions constitutionnelles, L.R.Y. 2002, c. 39, art. 2(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 109.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 122(1), 127(1)9, 134(4).
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.

Authors Cited

Aylward, Stephen, and Luisa Ritacca. "In Defence of Administrative Law: Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties" (2015), 28 *C.J.A.L.P.* 35.
 Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2015*, 15th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2014.
 Canada. Canada Revenue Agency. "Third-Party Civil Penalties", IC 01-1, September 18, 2001 (online: <http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic01-1/ic01-1-e.pdf>).
 McLeod, Doug. "Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?" (2012), 30 *N.J.C.L.* 59.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Gauthier and Stratas JJ.A.), 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786, 285 C.R.R. (2d) 220, 298 C.C.C. (3d) 304, [2013] 5 C.T.C. 1, 360 D.L.R. (4th) 515, 2013 DTC 5113, 446 N.R. 154, [2013] F.C.J. No. 673 (QL), 2013 CarswellNat 1832 (WL Can.), setting aside a decision of Bédard J. of the Tax Court of Canada, 2012 TCC 287, 2012 DTC 1283, [2013]

Doctrine et autres documents cités

Aylward, Stephen, and Luisa Ritacca. « In Defence of Administrative Law : Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties » (2015), 28 *R.C.D.A.P.* 35.
 Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2015*, 15th ed., Toronto, Thomson/Carswell, 2014.
 Canada. Agence du revenu du Canada. « Pénalités administratives imposées à des tiers », IC 01-1, 18 septembre 2001 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic01-1/ic01-1-f.pdf>).
 McLeod, Doug. « Facing the Consequences : Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties? » (2012), 30 *R.N.D.C.* 59.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2011.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Gauthier et Stratas), 2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786, 285 C.R.R. (2d) 220, 298 C.C.C. (3d) 304, [2013] 5 C.T.C. 1, 360 D.L.R. (4th) 515, 2013 DTC 5113, 446 N.R. 154, [2013] A.C.F. n° 673 (QL), 2013 CarswellNat 3428 (WL Can.), qui a infirmé la décision du juge Bédard de la Cour canadienne de l'impôt, 2012 CCI 287, 2012 DTC 1283,

1 C.T.C. 2007, [2012] T.C.J. No. 272 (QL), 2012 CarswellNat 3708 (WL Can.). Appeal dismissed.

Adam Aptowitzer, Alexandra Tzannidakis, Arthur B. C. Drache, Q.C., and Kenneth Jull, for the appellant.

Gordon Bourgard and Eric Noble, for the respondent.

S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Abdou Thiaw*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Dominic C. Belley and Vincent Dionne, for the intervener Chartered Professional Accountants Canada.

Written submissions only by *Darryl Cruz, Brandon Kain and Kate Findlay*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

The judgment of Rothstein, Cromwell, Moldaver and Gascon JJ. was delivered by

ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] Income tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply. Given the important role played by tax advisors and other individuals involved in transactions affected by income tax considerations, Parliament enacted s. 163.2 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), which imposes monetary penalties on every person who makes a false statement that could be used by another person for the purpose of the Act.

[2] Julie Guindon, the appellant, was assessed penalties under s. 163.2(4) totalling \$546,747 in respect of false statements made by her in donation

[2013] 1 C.T.C. 2007, [2012] A.C.I. n° 272 (QL), 2012 CarswellNat 5562 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Adam Aptowitzer, Alexandra Tzannidakis, Arthur B. C. Drache, c.r., et Kenneth Jull, pour l’appelante.

Gordon Bourgard et Eric Noble, pour l’intimée.

S. Zachary Green, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Abdou Thiaw*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Dominic C. Belley et Vincent Dionne, pour l’intervenante Comptables professionnels agréés du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Darryl Cruz, Brandon Kain et Kate Findlay*, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Version française du jugement des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Gascon rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le droit de l’impôt sur le revenu est d’une complexité notoire, et de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles. Étant donné le rôle important de ces conseillers et d’autres personnes dans le cadre d’opérations auxquelles s’appliquent des considérations d’ordre fiscal, le Parlement a adopté l’art. 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), qui impose une sanction pécuniaire à toute personne qui fait un faux énoncé qu’un tiers pourrait utiliser dans le cadre de l’application de la Loi.

[2] L’appelante, Julie Guindon, a fait l’objet, sur le fondement du par. 163.2(4), de pénalités s’élevant au total à 546 747 \$ pour de faux énoncés sur

receipts issued by her on behalf of a charity which, it is alleged, she knew or would reasonably be expected to have known could be used by taxpayers to claim an unwarranted tax credit.

[3] Ms. Guindon says that the penalty imposed under s. 163.2(4) is criminal and that she is therefore a person “charged with an offence” who is entitled to the procedural safeguards provided for in s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, she argues that the matter should not have proceeded in the Tax Court of Canada and that the penalty against her should be vacated.

[4] She was successful in the Tax Court of Canada but the Federal Court of Appeal set that decision aside. Her final appeal to this Court raises two issues, one procedural and one substantive. The procedural issue concerns the consequences of Ms. Guindon’s failure in the courts below to give the required notice of constitutional question in relation to her claims under s. 11 of the *Charter*. Proper notice has been given in this Court. The substantive issue is whether s. 163.2(4) creates a true criminal offence and therefore engages the protections provided for under s. 11.

[5] In our view, this Court has a well-established discretion, albeit one that is narrow and should be exercised sparingly, to address the merits of the constitutional issue when proper notice of constitutional question has been given in this Court, even though the issue was not properly raised in the courts below. We would exercise that discretion in this case. However, we would decide the substantive issue in favour of the respondent. In our view, proceedings under s. 163.2 are of an administrative nature. Ms. Guindon therefore is not a person “charged with an offence” and accordingly the protections under s. 11 of the *Charter* do not apply. In the result, we would dismiss the appeal.

des reçus officiels de dons qu’elle a délivrés au nom d’un organisme de bienfaisance et dont elle savait ou aurait dû raisonnablement savoir, allègue-t-on, qu’ils pourraient être utilisés par des contribuables pour l’obtention d’un crédit d’impôt injustifié.

[3] M^{me} Guindon affirme que la pénalité infligée en application du par. 163.2(4) est de nature criminelle, ce qui fait d’elle une « inculpé[e] » qui a droit aux garanties procédurales de l’art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, elle fait valoir que la Cour canadienne de l’impôt n’aurait pas dû être saisie de l’affaire et que la pénalité devrait être annulée.

[4] La Cour canadienne de l’impôt lui a donné raison, mais la Cour d’appel fédérale l’a déboutée. Le présent pourvoi soulève deux questions, une de procédure et une de fond. La question de procédure concerne les conséquences de l’omission de M^{me} Guindon de donner dûment avis, dans le cadre des instances devant les juridictions inférieures, de ses prétentions fondées sur l’art. 11 de la *Charte*. Un avis de question constitutionnelle a été dûment donné dans le cadre de la présente instance. La question de fond est celle de savoir si le par. 163.2(4) crée une véritable infraction criminelle et emporte ainsi l’application des protections de l’art. 11.

[5] Selon nous, la Cour possède un pouvoir discrétionnaire bien établi — quoique de portée limitée et devant être exercé avec modération — qui lui permet d’examiner la question constitutionnelle au fond lorsque l’avis requis est donné au stade du pourvoi, même si la question n’a pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Nous nous prononçons en faveur de l’exercice de ce pouvoir en l’espèce. Toutefois, nous inclinons à trancher la question de fond en faveur de l’intimée. Selon nous, les procédures découlant de l’application de l’art. 163.2 sont de nature administrative. M^{me} Guindon n’est donc pas une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*, en sorte qu’elle ne bénéficie pas des protections que garantit cette disposition. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts and Judicial History

[6] Julie Guindon is a lawyer, practising mainly in the area of family law and wills and estates; she has no expertise in income tax law. In May 2001, she was approached by promoters of a leveraged donation program. Each participant in the program would acquire timeshare units of a resort in the Turks and Caicos Islands. The participants would donate these units to a charity at a fair market value greater than their cash payment for the timeshares. Ms. Guindon agreed, for a fee of \$1,000, to provide an opinion letter on the tax consequences of this program on the basis of a precedent provided by the promoters. She recommended that the promoters have a tax lawyer and an accountant review her opinion to ensure its accuracy, as the opinion did not fall within her field of expertise, but nonetheless provided the letter knowing that it was intended to be part of the promotional package for the scheme. She wrote that the transactions would be implemented based on supporting documents that she had been provided with and had reviewed. She had not reviewed the supporting documents.

[7] Ms. Guindon was also the president and administrator of a registered charity, Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa. In November 2001, this charity agreed to become the recipient of the donated timeshares. The promoters would then sell the timeshares on behalf of the charity which would receive a minimum of \$500 per unit sold.

[8] The scheme was a sham: no timeshare units were created and no transfers from the donors to the charity occurred. The promoters prepared 135 tax receipts, which were issued by the charity and signed by Ms. Guindon and the treasurer of the charity. The total receipted amount was \$3,972,775. The Minister of National Revenue disallowed the charitable donation tax credits claimed by the donors. On August 1, 2008, the Minister assessed Ms. Guindon for penalties under s. 163.2 of the

II. Faits et historique judiciaire

[6] Avocate, Julie Guindon exerce principalement en droit de la famille et en droit des successions. Elle ne possède aucune expertise dans le domaine de l'impôt sur le revenu. En mai 2001, les promoteurs d'un programme de dons financés par emprunt l'ont approchée. Chacun des participants au programme devait acquérir des parts de temps partagé d'un centre de villégiature situé dans les îles Turques-et-Caïques. Il faisait ensuite don des parts à un organisme de bienfaisance selon une juste valeur marchande supérieure à la somme versée au comptant pour en faire l'acquisition. Moyennant des honoraires de 1 000 \$, M^{me} Guindon a convenu de rédiger une opinion sur les conséquences fiscales du programme à partir d'un précédent fourni par les promoteurs. Elle a recommandé à ces derniers de soumettre son opinion à l'examen d'un avocat fiscaliste et d'un comptable pour en garantir l'exactitude, car le sujet ne relevait pas de son domaine d'expertise. Elle a néanmoins fourni l'opinion en sachant qu'elle serait insérée dans une trousse promotionnelle. Elle y indiquait que les opérations seraient effectuées conformément à la documentation qui lui avait été remise et qu'elle avait examinée. Or, elle n'avait pas examiné cette documentation.

[7] M^{me} Guindon était également présidente et administratrice d'un organisme de bienfaisance enregistré, Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa. En novembre 2001, cet organisme de bienfaisance a convenu de devenir bénéficiaire des parts de temps partagé ayant fait l'objet de dons. Les promoteurs devaient ensuite vendre les parts en son nom et lui verser un minimum de 500 \$ la part vendue.

[8] L'opération s'est révélée factice. Aucune part n'a été créée, et il n'y a eu aucun transfert des donateurs à l'organisme de bienfaisance. Les promoteurs ont préparé 135 reçus fiscaux officiels qui ont été délivrés par l'organisme de bienfaisance après que M^{me} Guindon et le trésorier de l'organisme y eurent apposé leurs signatures. La somme totale en cause s'élevait à 3 972 775 \$. Le ministre du Revenu national a refusé les crédits d'impôt pour dons de bienfaisance demandés par les donateurs.

ITA for each of the tax receipts issued on the basis that she knew, or would have known but for wilful disregard of the *ITA*, that the tax receipts constituted false statements.

[9] Ms. Guindon appealed this assessment to the Tax Court of Canada. Her counsel, for the first time, relied on s. 11 of the *Charter* during his oral submissions. It was submitted that s. 163.2 created a criminal offence and that, as a result, Ms. Guindon was a person “charged with an offence” entitled to the protections of s. 11 of the *Charter*. Her notice of appeal to the Tax Court did not raise any *Charter* issue and she did not provide notice of a constitutional question to the Attorney General of Canada and the provincial attorneys general as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2. The respondent objected to the *Charter* point being raised, but was overruled.

[10] The Tax Court found that Ms. Guindon’s conduct was culpable within the meaning of s. 163.2 of the *ITA*, but vacated the penalty assessment, ruling that the provision is both “by its very nature a criminal proceeding” and “involves a sanction that is a true penal consequence”: 2012 TCC 287, 2012 DTC 1283, at para. 53. However, the Tax Court also found that, if the penalty were a civil one, it would be applicable to Ms. Guindon, as she engaged in culpable conduct.

[11] Before the Federal Court of Appeal, Ms. Guindon failed to give notice of a constitutional question to the provincial and federal attorneys general. She argued that no notice of constitutional question was required as she was not questioning the “constitutional validity, applicability or operability” of s. 163.2 of the *ITA*: *Tax Court of Canada Act*, s. 19.2. Instead, she claimed that s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, operates such that s. 163.2 of the *ITA* can be interpreted in a constitutionally compliant manner. Section 34(2) reads:

Le 1^{er} août 2008, sur le fondement de l’art. 163.2 de la *LIR*, il a infligé à M^{me} Guindon une pénalité pour chacun des reçus fiscaux délivrés au motif qu’elle savait ou aurait dû savoir, n’eût été sa méconnaissance délibérée de la *LIR*, que les reçus fiscaux constituaient de faux énoncés.

[9] M^{me} Guindon a interjeté appel de la cotisation en Cour canadienne de l’impôt. Son avocat a invoqué pour la première fois l’art. 11 de la *Charte* au cours de sa plaidoirie. Il a soutenu que l’art. 163.2 créait une infraction criminelle, de sorte que M^{me} Guindon était une « inculpé[e] » et avait droit à ce titre aux protections de l’art. 11 de la *Charte*. L’avis d’appel à la Cour de l’impôt ne soulevait aucune question relative à la *Charte*, et nul avis d’une question constitutionnelle n’avait été signifié au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces comme l’exige l’art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2. L’intimée s’est opposée à l’examen de la question constitutionnelle, mais son objection a été rejetée.

[10] La Cour de l’impôt conclut que M^{me} Guindon a eu une conduite coupable au sens de l’art. 163.2 de la *LIR*, mais elle annule la cotisation au motif que la disposition, « de par sa nature même, est une procédure criminelle » et qu’elle « est assortie d’une sanction qui est une véritable conséquence pénale » (2012 CCI 287, 2012 DTC 1283, par. 53). Elle ajoute cependant que si la pénalité était de nature administrative, elle s’appliquerait à M^{me} Guindon puisque cette dernière a eu une conduite coupable.

[11] En Cour d’appel fédérale, M^{me} Guindon a omis de signifier un avis de question constitutionnelle aux procureurs généraux fédéral et provinciaux. Elle a fait valoir que l’avis n’était pas requis puisqu’elle ne remettait pas en question « la validité, l’applicabilité ou l’effet » de l’art. 163.2 de la *LIR* (*Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, art. 19.2). Elle prétendait plutôt que le par. 34(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, permettait d’interpréter l’art. 163.2 de la *LIR* de manière à le rendre conforme à la Constitution. Le paragraphe 34(2) est libellé comme suit :

All the provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1985, c. C-46] relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

By applying *Criminal Code* procedures to the penalty instead of the administrative procedures provided for in the *ITA*, the penalty in s. 163.2 can be preserved as a criminal offence.

[12] The Federal Court of Appeal allowed the appeal, set aside the judgment of the Tax Court, and restored the assessment against Ms. Guindon: 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786. Stratas J.A., writing for the court, found that Ms. Guindon's failure to serve notice of a constitutional question was fatal to the Tax Court's jurisdiction. He noted, however, that the Tax Court and the Federal Court of Appeal, if asked to do so, could have exercised their discretion to adjourn the appeal to allow a notice to be served to address that matter. Ms. Guindon did not make that request in either of the courts below. The Federal Court of Appeal nonetheless went on to address the substantive issue and concluded that s. 163.2 of the *ITA* is not a criminal offence and therefore does not engage s. 11 of the *Charter*.

[13] The Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 163.2 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[14] The result is that the Attorney General of Canada and all provincial and territorial attorneys general have been given formal notice of the constitutional issue which the appellant seeks to raise in this Court.

Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* [L.R.C. 1985, c. C-46] relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

Assujettie aux règles du *Code criminel* plutôt qu'aux règles administratives de la *LIR*, la pénalité de l'art. 163.2 pouvait être assimilée à une infraction criminelle.

[12] La Cour d'appel fédérale accueille l'appel, annule le jugement de la Cour de l'impôt et rétablit la cotisation (2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786). S'exprimant avec l'accord de ses collègues, le juge Stratas conclut que l'omission de M^{me} Guindon de signifier un avis de question constitutionnelle a privé la Cour de l'impôt de toute compétence. Il fait cependant remarquer que la Cour de l'impôt et la Cour d'appel fédérale auraient pu, si on le leur avait demandé, exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur permet d'ajourner l'audition de l'appel afin de permettre la signification de l'avis pour corriger la situation. M^{me} Guindon ne l'a demandé ni à l'une ni à l'autre. La Cour d'appel fédérale examine néanmoins la question de fond et opine que l'art. 163.2 de la *LIR* ne crée pas une infraction criminelle, de sorte qu'elle n'emporte pas l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

[13] La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), viole-t-il l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[14] Le procureur général du Canada ainsi que tous les procureurs généraux des provinces et des territoires ont donc reçu un avis formel des questions constitutionnelles dont l'appelante veut saisir notre Cour.

III. AnalysisA. *Notice*

[15] The first issue concerns the impact on this appeal of Ms. Guindon's failure to give notice, in the courts below, of the constitutional issue that she raised. We agree with the Federal Court of Appeal and our colleagues, Abella and Wagner JJ., that notice was required in this case. We also agree with our colleagues that, proper notice having now been given in this Court, we have a discretion to consider and decide the constitutional issue. We part company with our colleagues, however, on the question of whether we should exercise that discretion in this case. In our view, this is a compelling case to do so in light of an analysis and weighing of the relevant considerations that we will discuss in detail.

[16] To begin, we read *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, differently than do our colleagues. *Eaton* was a case in which no notice or any equivalent had been given and the respondents had specifically disavowed the intention to raise the constitutionality of any provision. The Attorney General of Ontario relied on this position and made no submissions on the constitutionality of the statute in question and had no opportunity to adduce evidence or make submissions on this point. The Court of Appeal addressed the question *ex proprio motu*. In short, *Eaton* was a case of actual prejudice to the Attorney General and was expressly decided on that basis.

[17] The main legal debate in *Eaton* concerned conflicting authority about whether the absence of notice makes the decision invalid, as one strand of authority held, or whether the absence of notice makes the decision voidable upon a showing of prejudice, as held by the other strand. Sopinka J., writing for the Court on this point, expressly declined to decide between these two competing strands of authority. In other words, he did not foreclose the possibility that the constitutional issue

III. AnalyseA. *Avis*

[15] Le premier point en litige touche l'effet sur l'issue du présent pourvoi de l'omission de M^{me} Guindon, devant les juridictions inférieures, de donner avis des questions constitutionnelles qu'elle a soulevées. Nous convenons avec la Cour d'appel fédérale et nos collègues les juges Abella et Wagner que l'avis était nécessaire en l'espèce. Nous convenons également avec nos collègues que, l'avis requis ayant été donné devant notre Cour, un pouvoir discrétionnaire nous permet d'examiner les questions constitutionnelles et de statuer sur elles. Nous nous dissocions cependant de leur opinion quant à savoir si nous devrions ou non exercer ce pouvoir en l'espèce. À notre sens, il s'agit d'une affaire qui le commande au vu de l'analyse et de la pondération des considérations applicables dont nous faisons état ci-après en détail.

[16] D'abord, notre interprétation de l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, diffère de celle de nos collègues. Dans cette affaire, aucun avis ou quelque équivalent n'avait été donné, et les intimés avaient expressément nié avoir l'intention d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition. Le procureur général de l'Ontario s'était fié à leur parole, n'avait pas présenté d'observations sur la constitutionnalité de la disposition en cause et n'avait pas eu l'occasion de produire une preuve ou de formuler des observations à l'appui. La Cour d'appel s'était saisie de la question de son propre chef et, pour résumer, sa décision tient expressément à ce que le procureur général a subi un préjudice réel.

[17] La principale question juridique en litige dans *Eaton* avait trait à la jurisprudence contradictoire quant à savoir si, comme certains l'estimaient, l'absence d'avis rendait la décision invalide ou si, comme d'autres le concluaient, elle rendait la décision annulable sur preuve de l'existence d'un préjudice. S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge Sopinka refuse expressément d'adhérer à l'un ou l'autre des deux courants jurisprudentiels contradictoires. En d'autres mots, il n'écarte pas la

could be decided even in the absence of notice. He wrote:

It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, [the notice requirement] was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice. [Emphasis added; para. 54.]

[18] Justices Abella and Wagner do not explain how a notice provision like the one in issue here can be mandatory, as they say that it is, and yet also be subject to exceptions that have no basis in the statutory language. In our respectful view, *Eaton* does not support our colleagues' approach.

[19] Before turning to the other points, we should be clear what the issue is and what it is not. The issue is *not* whether this Court (or for that matter the courts below) can proceed to adjudicate a constitutional question without notice ever having been given to the attorneys general. Notice requirements serve a vital purpose in ensuring that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation: see *Eaton*, at para. 48. Notice has now been given in this case. The question is one of whether this Court should address the matter now that notice has been given, not whether this Court or any other can proceed in the absence of notice: see, e.g., *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr v. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427 (Sask. C.A.); *Citation Industries Ltd. v. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.).

[20] The principles that must be applied here are essentially those that govern whether this is a suitable

possibilité de statuer sur la question constitutionnelle malgré l'absence d'avis. Voici ce qu'il écrit :

Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, [la disposition exigeant l'avis] n'a pas été respecté[e] et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis. [Nous soulignons; par. 54.]

[18] Les juges Abella et Wagner ne précisent pas en quoi une disposition prévoyant un avis comme celle considérée en l'espèce peut être obligatoire — ce qu'ils soutiennent — et faire pourtant l'objet d'exceptions qui ne se fondent sur aucun libellé législatif. À notre humble avis, l'arrêt *Eaton* n'étaye pas leur point de vue.

[19] Avant de passer aux autres points, il y a lieu de préciser quelle est au juste la question en litige. Il *ne s'agit pas* de savoir si notre Cour (ou même une juridiction inférieure) peut aller de l'avant et trancher une question constitutionnelle sans qu'un avis n'ait jamais été donné aux procureurs généraux. L'obligation de donner avis a un objectif fondamental, celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition (voir *Eaton*, par. 48). Un avis a été donné dans le cadre du présent pourvoi. La question qui se pose est celle de savoir si notre Cour devrait ou non examiner les questions constitutionnelles maintenant qu'un avis a été donné, non celle de savoir si notre Cour ou une autre juridiction peut les examiner en l'absence d'un avis (voir p. ex. *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.*, 2001 NSCA 53, 193 N.S.R. (2d) 51; *Mohr c. North American Life Assurance Co.*, [1941] 1 D.L.R. 427 (C.A. Sask.); *Citation Industries Ltd. c. C.J.A., Loc. 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.)).

[20] Les principes qui doivent dès lors être appliqués sont essentiellement les mêmes que lorsqu'il

case to hear a constitutional issue that is properly before the court for the first time on appeal. The issue is “new” in the sense that the constitutional issue, by virtue of the absence of notice, was not properly raised before either of the courts below. Whether to hear and decide a constitutional issue when it has not been properly raised in the courts below is a matter for the Court’s discretion, taking into account all of the circumstances, including the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice.

[21] The Court has many times affirmed that it may, in appropriate circumstances, allow parties to raise on appeal an argument, even a new constitutional argument, that was not raised, or was not properly raised in the courts below: see, e.g., *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678. The Court has even done so of its own motion, as we shall see.

[22] The test for whether new issues should be considered is a stringent one. As Binnie J. put it in *Sylvan Lake*, “The Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice”: para. 33. While this Court can hear and decide new issues, this discretion is not exercised routinely or lightly.

[23] New constitutional issues engage additional concerns beyond those that are considered in relation to new issues generally. In the case of a constitutional issue properly raised in this Court for the

s’agit de savoir si une affaire se prête ou non à l’examen d’une question constitutionnelle dont la cour est régulièrement saisie pour la première fois en appel. La question est « nouvelle » du fait que, à défaut d’un avis, elle n’a pas été régulièrement soulevée devant l’une ou l’autre des juridictions inférieures. Examiner puis trancher une question constitutionnelle qui n’a pas été régulièrement soulevée dans le cadre des instances antérieures relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont la teneur du dossier, l’équité envers toutes les parties, l’importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que l’affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l’administration de la justice en général.

[21] La Cour a maintes fois affirmé qu’elle peut, lorsque les circonstances s’y prêtent, autoriser les parties à soulever dans le cadre d’un pourvoi un argument qui n’a pas été régulièrement soulevé, ni même du tout soulevé, devant les juridictions inférieures, y compris un nouvel argument d’ordre constitutionnel (voir p. ex. *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678). La Cour l’a même fait de sa propre initiative. Nous y reviendrons.

[22] Le critère applicable pour décider de l’opportunité d’examiner une question nouvelle est strict. Comme le précise le juge Binnie dans l’arrêt *Sylvan Lake*, « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d’un pourvoi, d’examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu’il en résulte de préjudice d’ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d’entraîner une injustice » (par. 33). La Cour peut certes examiner puis trancher une question nouvelle, mais elle ne doit pas exercer de manière automatique ou inconsiderée le pouvoir discrétionnaire qui le lui permet.

[23] La question nouvelle qui est d’ordre constitutionnel suscite des interrogations supplémentaires. Lorsqu’une question constitutionnelle est régulièrement soulevée pour la première fois devant notre

first time, the special role of the attorneys general in constitutional litigation — reflected in the notice provisions — and the unique role of this Court as the final court of appeal for Canada must also be carefully considered. The Court must be sure that no attorney general has been denied the opportunity to address the constitutional question and that it is appropriate for decision by this Court. The burden is on the appellant to persuade the Court that, in light of all of the circumstances, it should exercise its discretion to hear and decide the issue. There is no assumption of an absence of prejudice. The Court's discretion to hear and decide new issues should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties.

[24] There are many examples of the Court's practice reflecting this approach both before and after *Eaton*.

[25] The Court has adjudicated a constitutional issue despite notice not having been served at the court of first instance. For example, in *Bank of Montreal v. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, the Saskatchewan Court of Queen's Bench found that

the question as to the constitutional validity of s. 178(3) of the [*Banks and Banking Law Revision Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40], and the question as to whether the relevant provisions of [*The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16] are *ultra vires* insofar as they might purport to affect chartered banks, are not questions which have been properly brought into issue in this case. [para. 12]

On appeal to this Court, despite the lack of notice of this constitutional question before the Court of Queen's Bench, this Court stated constitutional questions and decided the constitutionality of s. 178(3) of the *Banks and Banking Law Revision Act, 1980* and the related provisions of *The Limitation of Civil Rights Act*: [1990] 1 S.C.R. 121, at pp.152-53.

Cour, il convient en outre de se pencher attentivement sur le rôle particulier dévolu aux procureurs généraux dans le cadre d'un litige constitutionnel — d'où les dispositions en matière d'avis —, ainsi que sur la fonction unique qu'exerce la Cour à titre de cour d'appel de dernier ressort au Canada. La Cour doit être assurée qu'aucun procureur général ne s'est vu privé de la possibilité de s'exprimer sur la question constitutionnelle et que celle-ci se prête à un arrêt de sa part. Il incombe à l'appelant de la convaincre de l'opportunité, au vu de toutes les circonstances, d'examiner puis de trancher la question. L'absence de préjudice n'est pas présumée. La Cour ne doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'examiner puis de trancher une question nouvelle qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice.

[24] De nombreuses décisions de la Cour, tant antérieures que postérieures à l'arrêt *Eaton*, illustrent cette approche.

[25] La Cour a déjà statué sur une question constitutionnelle malgré la non-signification d'un avis en première instance. Par exemple, dans *Bank of Montreal c. Hall* (1985), 46 Sask. R. 182, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avait conclu que

[TRADUCTION] la question de la validité constitutionnelle du par. 178(3) de la [*Loi de 1980 remaniant la législation bancaire*, L.C. 1980-81-82-83, c. 40] et celle de savoir si les dispositions pertinentes de la loi [*The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16] sont *ultra vires* dans la mesure où elles pourraient viser les banques à charte, n'ont pas été régulièrement soulevées dans la présente affaire. [par. 12]

En appel, notre Cour a formulé des questions constitutionnelles et statué sur la constitutionnalité du par. 178(3) de la *Loi de 1980 remaniant la législation bancaire* et des dispositions connexes contenues dans *The Limitation of Civil Rights Act* même si aucun avis de question constitutionnelle n'avait été signifié en Cour du Banc de la Reine ([1990] 1 R.C.S. 121, p. 152-153).

[26] In *Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 443, Lamer C.J. stated a constitutional question and this Court went on to answer that question, despite the fact that the Ontario Court of Appeal had not considered any constitutional issues in its decision: (1992), 93 D.L.R. (4th) 334.

[27] In *Tseshaht v. British Columbia*, S.C.C., No. 23234, May 2, 1994 (S.C.C. Bulletin, 1994, at p. 756), the Court stated a constitutional question with respect to an issue not raised in the courts below and granted both parties *proprio motu* leave to adduce new evidence.¹

[28] In the companion cases of *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, and *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, the Chief Justice stated constitutional questions and gave the parties leave to file supplementary evidence on legislative facts relevant to those questions even though the Ontario Court of Appeal's decisions in these matters had not dealt with constitutional issues: see (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, and 2002 CanLII 16257 respectively.

[29] In *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, as the respondent had not raised the constitutional question before the Federal Court of Appeal, the parties were informed that they could apply to adduce additional evidence in this Court: August 12, 2004, File No. 29956.

[30] Recently, in *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, this Court considered the constitutional applicability and operability of Newfoundland and Labrador's *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11. Notice of the constitutional issue had not been given to the Attorney

[26] Dans le dossier *Artell Developments Ltd. c. 677950 Ontario Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 443, le juge en chef Lamer a formulé une question constitutionnelle à laquelle notre Cour a répondu même si l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne portait sur aucune question constitutionnelle ((1992), 93 D.L.R. (4th) 334).

[27] Dans *Tseshaht c. Colombie-Britannique*, C.S.C., n° 23234, 2 mai 1994 (Bulletin C.S.C., 1994, p. 756), la Cour a formulé une question constitutionnelle sur un point qui n'avait pas été soulevé devant les juridictions inférieures et, de son propre chef, elle a accordé aux deux parties l'autorisation de produire des éléments de preuve nouveaux¹.

[28] Dans les dossiers connexes *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, et *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, la Juge en chef a formulé des questions constitutionnelles et autorisé les parties à déposer des éléments de preuve supplémentaires sur des faits législatifs liés à ces questions, même si, dans les arrêts visés par les pourvois, la Cour d'appel de l'Ontario ne s'était prononcée sur aucune question constitutionnelle (voir respectivement (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, et 2002 CanLII 16257).

[29] Dans le dossier *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, l'intimée n'ayant pas soulevé la question constitutionnelle en Cour d'appel fédérale, les parties ont été informées qu'elles pouvaient demander l'autorisation de présenter des éléments de preuve supplémentaires devant notre Cour (12 août 2004, n° du greffe 29956).

[30] Récemment, dans *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, les juges de notre Cour ont examiné l'applicabilité et l'effet, sur le plan constitutionnel, de la *Workplace Health, Safety and Compensation Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, c. W-11. Le procureur général de ce

¹ The appeal was discontinued on March 21, 1995, and thus no judgment rendered: [1995] 1 S.C.R. xi.

¹ Il y a eu désistement le 21 mars 1995, de sorte qu'aucun jugement n'a été rendu ([1995] 1 R.C.S. xi).

General of Newfoundland and Labrador either at the hearing before the Workplace Health, Safety and Compensation Commission or in the trial court. Section 57 of the *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, provides that a constitutional challenge “shall not be heard until notice has been given to the Attorney General for Canada and to the Attorney General for the province”. The Court of Appeal for Newfoundland and Labrador determined that notice of the constitutional question should have been provided under s. 57, but that “failure to give the requisite notice in this case does not result in the court having to declare all previous proceedings a nullity because there is no prejudice to the Crown in proceeding to hear the appeal”: 2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 23. We also note that, in that case, the Court of Appeal expressed the view that this Court’s decision in *Eaton* did not definitively decide the issue of the legal effect of failure to give notice: para. 45. In the end, the fact that there was no notice at first instance did not prevent this Court from stating constitutional questions and deciding them on the merits.

[31] Justices Abella and Wagner are of the view that *Penetanguishene*, *Pinet*, *Kirkbi*, and *Ryan Estate* are not authoritative on the issue of notice given that these cases are silent on why *Eaton* was not “followed”. In our view, the absence of any reference to *Eaton* in these cases is explained by the fact that *Eaton*, as we have explained, does not stand for the proposition that this Court cannot consider a constitutional issue unless it was properly raised in courts below. There was no need to consider, distinguish, or reverse *Eaton* in these cases.

[32] Further, the approach adopted by Abella and Wagner JJ. risks putting appellants at a disadvantage vis-à-vis respondents, given that the Court has previously held that respondents can raise and the Court can address on appeal new constitutional issues requiring notice. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, the respondents proposed a constitutional question that was not adjudicated in the

ressort n’avait reçu un avis de question constitutionnelle ni à l’audience devant la Workplace Health, Safety and Compensation Commission, ni dans le cadre de l’instance engagée devant la cour de justice de première instance. L’article 57 de la *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, dispose qu’une contestation constitutionnelle [TRADUCTION] « n’est entendue qu’une fois le procureur général du Canada et celui de la province informés au moyen d’un avis ». La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a estimé qu’un avis de question constitutionnelle aurait dû être donné selon l’art. 57, mais que [TRADUCTION] « l’omission de le donner en l’espèce n’a pas pour effet d’obliger la cour à déclarer nulles toutes les instances antérieures, car l’audition de l’appel n’inflige aucun préjudice à l’État » (2011 NLCA 42, 308 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 23). Nous signalons par ailleurs que, dans cette affaire, la Cour d’appel a estimé que l’arrêt *Eaton* ne statuait pas définitivement sur la question des conséquences juridiques de l’omission de l’avis (par. 45). Au final, le défaut d’avis en première instance n’a pas empêché notre Cour de formuler une question constitutionnelle et de statuer sur elle au fond.

[31] Les juges Abella et Wagner opinent que les arrêts *Penetanguishene*, *Pinet*, *Kirkbi* et *Ryan (Succession)* ne sont pas décisifs sur la question de l’avis parce que la Cour n’y indique pas les raisons pour lesquelles elle ne « suit » pas l’arrêt *Eaton*. Selon nous, si la Cour n’y fait pas mention de l’arrêt *Eaton*, c’est que, rappelons-le, ce dernier n’appuie pas l’idée que la Cour ne peut examiner une question constitutionnelle que si cette dernière a été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures. Point n’était donc besoin, dans ces arrêts, de considérer *Eaton*, de faire une distinction d’avec lui ou de l’infirmier.

[32] En outre, l’approche des juges Abella et Wagner risque de défavoriser la partie appelante par rapport à la partie intimée, car la Cour a déjà statué qu’un intimé peut soulever — et la Cour examiner en appel — une question nouvelle de nature constitutionnelle exigeant un avis. Dans l’affaire *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, les intimés ont soulevé une question constitutionnelle qui n’avait pas

courts below. Iacobucci J. found that wide latitude in formulating constitutional questions “is especially appropriate in a case like the present, where the motion to state constitutional questions was brought by the respondents: generally, a respondent may advance any argument on appeal that would support the judgment below” (para. 58). However, Iacobucci J. noted that this general rule is subject to the same limitation that applies to all new issues on appeal: “A respondent, like any other party, cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial . . .” (*ibid.* (citations omitted)). Thus, this Court may answer a constitutional question that was not even considered in the courts below. However, Abella and Wagner JJ. would prevent this Court from considering constitutional issues even where these issues *were* considered and extensively discussed by the courts below, as they were in this case.

[33] Beyond new constitutional questions proposed by parties, this Court has occasionally asked parties, prior to hearing an appeal, to address new constitutional issues. *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, is an example. In the lower courts, the case had been argued on the basis of ss. 15(1) and 25 of the *Charter*; the prosecution did not attempt to defend the law on the basis of s. 15(2). After leave was granted but before factums were filed, this Court asked that ss. 15(1), 15(2), and 25 be “fully canvassed” in written and oral submissions: December 15, 2006, File No. 31603. The Court ultimately found that s. 15(2) of the *Charter* protected the impugned communal fishing license program: see H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2015* (15th ed. 2014), at pp. 374-75. While here s. 15(2) could presumably only be used to support the validity of legislation, this case demonstrates that this Court has taken the opportunity to raise constitutional issues notwithstanding that they were not raised in the courts below.

été tranchée par les juridictions inférieures. Le juge Iacobucci conclut qu’une grande latitude dans la formulation de questions constitutionnelles « est particulièrement pertinente dans une affaire comme celle qui nous occupe, où ce sont les intimés qui ont présenté la requête sollicitant la formulation des questions constitutionnelles. Généralement, l’intimé peut avancer, en appel, tout argument tendant à justifier la décision du tribunal d’instance inférieure » (par. 58). Il rappelle toutefois l’application d’une exception à toute question nouvelle soulevée en appel : « L’intimé, comme toute autre partie d’ailleurs, ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès . . . » (*ibid.* (références omises)). Ainsi, notre Cour peut répondre à une question constitutionnelle que n’ont même pas examinée les juridictions inférieures. Or, la position des juges Abella et Wagner a pour effet d’empêcher la Cour d’examiner même les questions constitutionnelles qui *ont été* examinées et analysées en profondeur par les juridictions inférieures, comme cela a été le cas en l’espèce.

[33] Notre Cour a parfois demandé aux parties, avant l’audition d’un pourvoi, de s’exprimer sur d’autres questions constitutionnelles que celles qu’elles avaient soulevées. Elle l’a fait, par exemple, dans l’affaire *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483. Devant les juridictions inférieures, les plaidoiries avaient porté sur le par. 15(1) et l’art. 25 de la *Charte*; la poursuite n’avait pas tenté de défendre la mesure gouvernementale en invoquant le par. 15(2). Après l’autorisation du pourvoi, mais avant le dépôt des mémoires, la Cour avait demandé que les par. 15(1) et (2), ainsi que l’art. 25, soient [TRADUCTION] « analysés en profondeur » dans les plaidoiries écrites et orales (15 décembre 2006, n° du greffe 31603). Elle a finalement conclu que le par. 15(2) de la *Charte* protégeait le programme contesté de permis de pêche communautaire (voir H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2015* (15^e éd. 2014), p. 374-375). Le paragraphe 15(2) ne pouvait vraisemblablement qu’étayer la validité de la disposition, mais il appert de cette affaire que notre Cour a saisi l’occasion de soulever des questions constitutionnelles qui ne l’avaient pas été devant les juridictions inférieures.

[34] In our view, this is a case in which our discretion to hear and decide the constitutional issue ought to be exercised in light of an analysis and weighing of a number of considerations.

[35] The issue raised on appeal is important to the administration of the *ITA* and it is in the public interest to decide it. There is no indication that any attorney general has suffered prejudice by having the question of the constitutionality of s. 163.2 of the *ITA* decided. The Attorney General of Canada does not assert that it would have adduced different evidence before the Tax Court had it received notice of the constitutional question in that court. In this Court, counsel for the respondent invoked Sopinka J.'s *obiter* remarks in *Eaton* that the absence of notice is inherently prejudicial in order to submit that, in the current case, there is prejudice to the public interest. As we have explained, the proper approach to the exercise of this Court's discretion is that if the challenger can demonstrate the absence of prejudice, it may, in appropriate circumstances, consider the new constitutional issue. On this point, counsel for the respondent candidly conceded that he could point to no actual prejudice in this case resulting from the absence of notice: transcript, at p. 48. All attorneys general were given notice of constitutional question in this Court. Two intervened, the attorneys general of Ontario and Quebec. Only the Attorney General of Quebec addressed the notice requirement, stating that the Tax Court of Canada should not have pronounced on the constitutional question, without commenting on this Court's jurisdiction to hear the matter: see I.F., at para. 10. No provincial or territorial attorney general suggested that he or she was deprived of the opportunity to adduce evidence or was prejudiced in any other way. No one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record. The attorneys general of Ontario and of Quebec addressed the merits of the constitutional argument. We also have the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below. Finally, there was no deliberate flouting of the notice requirement: the appellant advanced an arguable, although not ultimately successful, position

[34] Nous sommes d'avis qu'il convient, dans la présente espèce, d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui nous permet d'examiner puis de trancher la question constitutionnelle après analyse et pondération d'un certain nombre de considérations.

[35] La question constitutionnelle soulevée importe pour l'administration de la *LIR* et le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée. Rien n'indique que l'un ou l'autre des procureurs généraux a subi un préjudice du fait que la Cour de l'impôt s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *LIR*. Le procureur général du Canada ne prétend pas qu'il aurait offert une preuve différente devant la Cour de l'impôt s'il avait reçu un avis de la question constitutionnelle au préalable. Devant notre Cour, l'avocat de l'intimée renvoie aux remarques incidentes du juge Sopinka dans *Eaton* selon lesquelles l'absence d'avis constitue en soi un préjudice et soutient que, dans la présente affaire, l'intérêt public subit un préjudice. Rappelons qu'il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet à la Cour d'examiner une question nouvelle de nature constitutionnelle lorsque le plaideur établit l'absence de préjudice et que les circonstances s'y prêtent. Sur ce point, l'avocat de l'intimée reconnaît sans détour qu'il ne peut relever quelque préjudice effectivement causé par l'absence d'avis (transcription, p. 48). Les procureurs généraux ont tous reçu un avis de question constitutionnelle pour les besoins du pourvoi. Deux d'entre eux sont intervenus, soit ceux de l'Ontario et du Québec. La procureure générale du Québec est la seule à se prononcer sur l'exigence d'un avis; elle affirme que la Cour de l'impôt n'aurait pas dû statuer sur la question constitutionnelle, mais elle ne s'exprime pas sur la compétence de notre Cour de connaître de la question (voir son mémoire, par. 10). Nul procureur général d'une province ou d'un territoire ne laisse entendre qu'il a été privé de la possibilité de produire des éléments de preuve ou qu'il a subi un autre préjudice. Nul ne soutient qu'une preuve supplémentaire s'impose, sans compter qu'aucune demande d'autorisation d'étoffer la preuve n'a été présentée. Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec se sont exprimés sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel. Nous disposons en outre des motifs de jugement détaillés des deux

that notice was not required in the circumstances of this case.

[36] We are struck by the enormous waste of judicial resources that would result from this Court declining to hear and decide the merits. As the Court pointed out in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 24, “undue process . . . with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes” (emphasis in original). Insisting on the notice provision in the lower courts where, as here, it would serve no purpose to do so constitutes “undue process” and refusing to address the merits leaves the main issue unresolved after the expense and time devoted to it through three levels of court.

[37] We must respectfully indicate our disagreement with two specific contentions of Abella and Wagner JJ. They assert that since all constitutional issues are important, our approach would lead “essentially to entertaining all constitutional arguments raised in this Court for the first time”: para. 137. This is not the case: it ignores the other considerations relevant to the exercise of this Court’s discretion. History shows that this Court has only agreed to consider new constitutional issues in rare cases. While we agree that urgency may be a factor in deciding to hear a constitutional issue in this Court where no notice was served below, it is not the only consideration. The point is that all relevant considerations should be taken into account.

[38] Our colleagues also maintain, without any factual basis in the record and without any submission of this nature having been made, that Ms. Guindon failed to file notice “without explanation”, and sought to “evade” “the statutory

juridictions inférieures sur la question constitutionnelle. Enfin, nous n’avons pas affaire à une méconnaissance délibérée de l’exigence d’un avis : l’appelante a défendu, quoiqu’en vain, la thèse soutenable que l’avis n’était pas requis dans les circonstances de l’espèce.

[36] L’ampleur du gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer au fond nous stupéfie. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 24, « les formalités excessives [. . .] occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent *faire obstacle* au règlement juste et équitable des litiges » (en italique dans l’original). S’attacher au respect de la disposition qui prescrit l’avis devant les juridictions inférieures lorsque, comme en l’espèce, cela ne servirait à rien constitue une « formalité excessive », et refuser de statuer sur le fond laisse la principale question en litige en suspens malgré les frais engagés et le temps consacré dans le cadre de trois instances judiciaires.

[37] Soit dit en tout respect, nous devons exprimer notre désaccord avec deux affirmations des juges Abella et Wagner en particulier. Selon nos collègues, puisque toute question constitutionnelle revêt une importance, notre démarche « revient essentiellement à permettre l’examen de tout argument constitutionnel soulevé pour la première fois devant la Cour » (par. 137). Or, ce n’est pas le cas, car d’autres considérations jouent dans la décision de la Cour d’exercer ou non son pouvoir discrétionnaire. Dans le passé, ce n’est que rarement que la Cour a accepté d’examiner une question nouvelle de nature constitutionnelle. Nous convenons que l’urgence peut jouer dans la décision de la Cour d’entendre ou non une question constitutionnelle lorsqu’un avis n’a pas été signifié dans les instances antérieures, mais ce n’est pas la seule considération. En fait, toutes les considérations pertinentes doivent être prises en compte.

[38] Nos collègues estiment par ailleurs, sans éléments factuels à l’appui tirés du dossier et sans prétention en ce sens d’une partie, que M^{me} Guindon a omis de produire un avis « sans explication » et tenté de « se soustraire à l’obligation légale [. . .]

obligation . . . by advancing the excuse” of her notice argument by employing “linguistic tactics at the expense of the public interest”: paras. 94, 96, 97 and 136.

[39] Ms. Guindon did not fail to explain why she did not give notice. She advanced the argument that notice was not required and the Tax Court judge decided that issue. Bédard J. did not require notice of constitutional question to be served because he did not issue a declaration of invalidity following his conclusion that s. 163.2 constituted a criminal offence. Instead, he allowed the appeal and vacated the assessment. The learned Tax Court judge did not dismiss Ms. Guindon’s argument on the basis of “semantics”. The Federal Court of Appeal did not accept Ms. Guindon’s position on this point. But it devoted several paragraphs of its judgment to the issue and did not characterize Ms. Guindon’s position as merely “linguistic” or as an attempt to “evade” the notice requirement. No party or intervenor at any point has advanced the interpretation of Ms. Guindon’s conduct on which our colleagues rely and there is no support for it — none — in the record.

[40] We will now proceed to address the constitutional issue.

B. *Merits*

(1) *Overview*

[41] The substantive issue in this appeal is whether Ms. Guindon, by virtue of having been assessed a penalty under s. 163.2 of the *ITA*, is a “person charged with an offence” within the meaning of s. 11 of the *Charter*. If she is, then either she is entitled to the numerous protections accorded by that section or, if s. 163.2 cannot be read as providing for those protections, it would be constitutionally invalid. The basic question is whether, as Ms. Guindon submits, s. 163.2 creates “an offence” for the purposes of s. 11 and the answer depends, as we shall explain, on whether s. 163.2 is criminal in nature or provides for

en faisant valoir » sa thèse relative à l’avis par le recours à « une stratégie d’ordre linguistique au détriment de l’intérêt public » (par. 94, 96, 97 et 136).

[39] M^{me} Guindon n’a pas omis de préciser pourquoi elle n’avait pas donné d’avis. Elle a soutenu que l’avis n’était pas requis et que le juge de la Cour de l’impôt avait statué sur ce point. Le juge Bédard n’exige pas la signification d’un avis de question constitutionnelle puisqu’il n’invalide pas l’art. 163.2 après avoir conclu qu’il crée une infraction criminelle. Il accueille plutôt l’appel et annule la cotisation. Il n’écarte pas la thèse de M^{me} Guindon pour des motifs d’ordre « sémantique ». La Cour d’appel fédérale ne convient pas avec M^{me} Guindon de la non-exigence de l’avis. Elle consacre toutefois quelques paragraphes de ses motifs à la question et elle ne qualifie pas le point de vue de M^{me} Guindon de purement « sémantique » ou de tentative de « se soustraire » à l’exigence d’un avis. Aucune des parties et aucun des intervenants n’a fait valoir, à quelque étape, l’interprétation que font nos collègues des actes de M^{me} Guindon, et le dossier ne renferme pas d’élément — aucun — qui milite en faveur de cette interprétation.

[40] Passons maintenant à l’examen de la question constitutionnelle.

B. *Fond*

(1) *Aperçu*

[41] La question de fond qui se pose en l’espèce est celle de savoir si M^{me} Guindon, parce qu’elle s’est vu infliger une pénalité en application de l’art. 163.2 de la *LIR*, est une « inculpé[e] » au sens de l’art. 11 de la *Charte*. Si tel est le cas, soit elle a droit aux nombreuses protections garanties par cet article, soit l’art. 163.2 est inconstitutionnel s’il ne peut être interprété comme offrant ces protections. Fondamentalement, il faut se demander si, comme le soutient M^{me} Guindon, l’art. 163.2 crée « une infraction » pour les besoins de l’art. 11. Comme nous l’expliquons plus loin, la réponse dépend de ce que

true penal consequences. In our view, neither is the case and s. 11 does not apply to these proceedings.

[42] We will first set out a brief overview of the legal principles, consider and reject some criticisms of this framework and then apply the principles to s. 163.2.

(2) *Wigglesworth and Martineau Set Out the Tests to Determine Whether Section 11 of the Charter Is Engaged*

[43] Section 11 of the *Charter* provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(b) to be tried within a reasonable time;

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished

l'art. 163.2 est de nature criminelle ou non ou de ce qu'il a de véritables conséquences pénales ou non. À notre sens, la réponse est négative dans les deux cas, de sorte que l'art. 11 ne s'applique pas.

[42] Nous faisons d'abord état brièvement des principes juridiques applicables, nous rejetons ensuite, après examen, certaines critiques du cadre qu'ils établissent et, enfin, nous appliquons les principes à l'art. 163.2.

(2) *Les arrêts Wigglesworth et Martineau établissent les critères qui permettent de décider de l'applicabilité de l'art. 11 de la Charte*

[43] L'article 11 de la *Charte* dispose ce qui suit :

11. Tout inculpé a le droit :

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre

for the offence, not to be tried or punished for it again; and

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[44] This Court has deliberately adopted a “somewhat narrow definition of the opening words of s. 11” in order to avoid having to craft differing levels of protection under s. 11 for different sorts of proceedings: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at p. 558. The Court has also acknowledged the difficulty in formulating a precise test to identify particular proceedings which give rise to s. 11 protections: see p. 559. Section 11 protections are available to those charged with criminal offences, not those subject to administrative sanctions: see *Wigglesworth*, at p. 554; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, at para. 19. The two parts test for determining which statutory infractions are criminal offences and which are administrative penalties was set out in *Wigglesworth*, at pp. 559-62. Additional analytical criteria were subsequently elaborated in *Martineau*, at paras. 19-24 and 57. As will be explained, an individual is entitled to the procedural protections of s. 11 of the *Charter* where the proceeding is, by its very nature, criminal, or where a “true penal consequence” flows from the sanction.

[45] A proceeding is criminal by its very nature when it is aimed at promoting public order and welfare within a public sphere of activity. Proceedings of an administrative nature, on the other hand, are primarily intended to maintain compliance or to regulate conduct within a limited sphere of activity: see *Martineau*, at paras. 21-22; *Wigglesworth*, at p. 560. The focus of the inquiry is not on the nature of the act which is the subject of the proceedings, but on the nature of the proceedings themselves, taking into account their purpose as well as their procedure: *Martineau*, at paras. 24 and 28-32; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at pp. 18-19.

part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

[44] Notre Cour a délibérément retenu une « définition quelque peu restreinte de la disposition liminaire de l’art. 11 » afin de ne pas devoir établir au titre de cette disposition différents degrés de protection pour différents types de procédure (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, p. 558). La Cour a aussi reconnu la difficulté de formuler un critère précis pour déterminer si une procédure en particulier donne lieu ou non à l’application des protections de l’art. 11 (voir p. 559). Ces protections peuvent bénéficier à celui qui est accusé d’une infraction criminelle, mais pas à celui qui fait l’objet d’une sanction administrative (voir *Wigglesworth*, p. 554; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, par. 19). Le critère à deux volets qui permet de discerner parmi les contraventions à une loi celles qui sont de nature criminelle et celles qui sont de nature administrative a été énoncé dans l’arrêt *Wigglesworth*, p. 559-562. D’autres critères analytiques se sont ajoutés dans l’arrêt *Martineau*, par. 19-24 et 57. Comme nous l’expliquons plus loin, une personne a droit aux protections procédurales de l’art. 11 de la *Charte* lorsque, de par sa nature même, la procédure est criminelle, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » découle de la sanction.

[45] Une procédure est criminelle de par sa nature même lorsqu’elle vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique. Par contre, une procédure est de nature administrative lorsqu’elle vise principalement l’observation de règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité limitée (voir *Martineau*, par. 21-22; *Wigglesworth*, p. 560). Il ne faut pas s’attacher à la nature de l’acte qui est à l’origine de la procédure, mais bien à la nature de la procédure comme telle, compte tenu de son objectif et de ses modalités (*Martineau*, par. 24 et 28-32; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, p. 18-19). Une

Proceedings have a criminal purpose when they seek to bring the subject of the proceedings “to account to society” for conduct “violating the public interest”: *Shubley*, at p. 20.

[46] A “true penal consequence” is “imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within [a] limited sphere of activity”: *Wigglesworth*, at p. 561; see also *Martineau*, at para. 57. There is inevitably some overlap between the analysis of the purpose of the scheme and the purpose of the sanction, but the jurisprudence has looked at both separately to the extent that is possible, recognizing that the proceeding will be an offence for s. 11 purposes if it meets either branch of the test, and that situations in which a proceeding meets one but not both branches will be rare: *ibid.*

[47] We will elaborate these principles further as we apply them to the provision in issue here. But first we turn to consider some of the criticisms of this approach to the analysis.

(3) Criticisms of the *Wigglesworth/Martineau* Tests

[48] The *Wigglesworth/Martineau* tests have been subject to criticism. It has been said that the distinction between the criminal in nature and true penal consequence tests is unclear, the reasoning is circular, or the tests cannot properly account for the particular context of modern administrative monetary penalties. (See, e.g., D. McLeod, “Facing the Consequences: Should the *Charter* Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” (2012), 30 *N.J.C.L.* 59; factum of the interveners the Canadian Constitution Foundation (“CCF”); S. Aylward and L. Ritacca, “In Defence of Administrative Law: Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties” (2015), 28 *C.J.A.L.P.* 35.)

procédure a un objectif criminel lorsqu’elle vise à amener la personne en cause « à rendre compte à la société » d’une conduite « contraire à l’intérêt public » (*Shubley*, p. 20).

[46] Une « véritable conséquence pénale » s’entend de « l’emprisonnement ou [de l’]amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l’intérieur d’une sphère d’activité limitée » (*Wigglesworth*, p. 561; voir aussi *Martineau*, par. 57). Il existe inévitablement un certain chevauchement entre le régime et la sanction lorsqu’il s’agit d’analyser leur objet respectif, mais les tribunaux ont examiné les deux séparément dans la mesure du possible et reconnu que la procédure est pénale pour l’application de l’art. 11 lorsqu’elle satisfait à l’un ou l’autre des volets du critère, et que rares sont les situations dans lesquelles il est satisfait à l’un mais non aux deux volets (*ibid.*).

[47] Nous reviendrons plus en détail sur ces principes lorsque nous les appliquerons à la disposition considérée en l’espèce. Examinons d’abord certaines des critiques de cette démarche analytique.

(3) Critiques des critères issus des arrêts *Wigglesworth* et *Martineau*

[48] Les critères issus des arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* ont fait l’objet de critiques. D’aucuns ont dit que la distinction entre le critère de la nature criminelle et celui de la véritable conséquence pénale n’était pas claire, que le raisonnement était circulaire ou que les critères ne permettaient pas de bien tenir compte du contexte particulier des sanctions pécuniaires administratives qui sont infligées de nos jours. (Voir p. ex. D. McLeod, « Facing the Consequences : Should the *Charter* Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties? » (2012), 30 *R.N.D.C.* 59; mémoire de l’intervenante Canadian Constitution Foundation (« CCF »); S. Aylward et L. Ritacca, « In Defence of Administrative Law : Procedural Fairness for Administrative Monetary Penalties » (2015), 28 *R.C.D.A.P.* 35.)

[49] When the criminal in nature test is understood as considering only the nature of the proceedings, the independent value of each test becomes clear. The criminal in nature test identifies provisions that are criminal because Parliament or the legislature has provided for proceedings whose attributes and purpose show that the penalty is to be imposed via criminal proceedings. The true penal consequence test, on the other hand, looks at whether an ostensibly administrative or regulatory provision nonetheless engages s. 11 of the *Charter* because it may result in punitive consequences. While there is inevitably some overlap in the analysis, the important thing is to consider all relevant factors, acknowledging that only rarely, as in *Wigglesworth*, will the two branches of the test lead to different conclusions.

[50] Moreover, the analysis is not circular: both tests ask distinct questions that evaluate the two different ways in which a provision could be a criminal offence for the purpose of s. 11. The criminal in nature test focuses on the process while the penal consequences test focuses on its potential impact on the person subject to the proceeding.

(4) Is the Proceeding Under Section 163.2 “Criminal in Nature”?

(a) *Principles*

[51] The criminal in nature test asks whether the proceedings by which a penalty is imposed are criminal. The test is not concerned with the nature of the underlying act. As Wilson J. stated in *Wigglesworth*, the test is whether a matter “fall[s] within s. 11 . . . because by its very nature it is a criminal proceeding”: p. 559 (emphasis added). This was confirmed in *Shubley*, at pp. 18-19, where McLachlin J. (as she then was) stated explicitly: “The question of whether proceedings are criminal in nature is concerned not with the nature of the act

[49] Lorsque l’on considère que le critère de la nature criminelle ne s’intéresse qu’à la procédure, la fonction propre à chacun des critères devient évidente. Le critère de la nature criminelle permet de circonscrire les dispositions qui sont de nature criminelle du fait que le Parlement ou la législature a établi une procédure dont les attributs et l’objet montrent que la sanction est infligée à l’issue d’une procédure de nature criminelle. Par contre, le critère de la véritable conséquence pénale consiste à se demander si une disposition d’apparence administrative ou réglementaire donne néanmoins droit aux protections de l’art. 11 de la *Charte* parce que son application peut entraîner une conséquence pénale. Un certain chevauchement est inévitable, mais il importe de prendre en compte toutes les considérations pertinentes et de se rappeler que les deux volets du critère ne conduisent que rarement à des conclusions différentes (comme dans *Wigglesworth*).

[50] De plus, l’analyse n’est pas circulaire : les deux critères appellent des questions distinctes qui apprécient les deux manières différentes dont une disposition pourrait créer une infraction criminelle pour l’application de l’art. 11. Le critère de la nature criminelle s’attache au processus, alors que celui de la conséquence pénale se focalise sur l’effet possible de la disposition sur la personne visée par la procédure.

(4) La procédure prévue à l’art. 163.2 est-elle « de nature criminelle »?

a) *Principles*

[51] Pour appliquer le critère de la nature criminelle il faut se demander si la procédure par laquelle une sanction est infligée est criminelle, peu importe la nature de l’acte sous-jacent. Comme le dit la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth*, la question est celle de savoir si l’affaire « rel[ève] de l’art. 11 [. . .] parce que, de par sa nature même, il s’agit d’une procédure criminelle » (p. 559 (nous soulignons)). La Cour le confirme dans l’arrêt *Shubley*, p. 18-19, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme sans ambages que « [l]a

which gave rise to the proceedings, but the nature of the proceedings themselves” (emphasis added). Fish J., writing for the Court in *Martineau*, reaffirmed the conclusion in *Shubley* that the criminal in nature test is concerned solely with the proceedings themselves: see paras. 18-19. The text of s. 11 supports this conclusion. As Wilson J. noted in *Wigglesworth*:

Section 11 contains terms which are classically associated with criminal proceedings: “tried”, “presumed innocent until proven guilty”, “reasonable bail”, “punishment for the offence”, “acquitted of the offence” and “found guilty of the offence”. Indeed, some of the rights guaranteed in s. 11 would seem to have no meaning outside the criminal or quasi-criminal context. [p. 555]

[52] Various indicia are useful in determining whether the proceedings are criminal in nature. Fish J., in finding that the civil forfeiture provision at issue in *Martineau* was not criminal in nature, observed that three criteria may be helpful in reviewing the case law in relation to the nature of the proceeding: the objectives of the legislation, the objectives of the sanction and the process leading to the imposition of the sanction (para. 24). This case deals with an administrative monetary penalty, not a civil collection mechanism as was the case in *Martineau*, and the analysis of the objectives of the sanction must be undertaken as part of considering whether the sanction is a true penal consequence. In order to avoid unnecessary repetition, we find it convenient to consider the first and last of these criteria here but leave consideration of the objectives of the sanction until we address the question of whether the sanction is a true penal consequence. We will look at how these criteria relate to the proceeding under s. 163.2 in turn.

détermination du caractère criminel des procédures dépend non pas de la nature de l’acte qui est à l’origine de ces procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes » (nous soulignons). Dans l’arrêt *Martineau*, le juge Fish, au nom de la Cour, reprend à son compte la conclusion tirée dans l’arrêt *Shubley*, à savoir que le critère de la nature criminelle s’intéresse uniquement à la procédure comme telle (voir par. 18-19). Le texte de l’art. 11 appuie d’ailleurs cette conclusion. Comme le fait remarquer la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth* :

L’article 11 contient des termes habituellement associés aux procédures criminelles : « jugé », « présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable », « cautionnement raisonnable », « peine [. . .] prévue pour l’infraction », « acquitté [. . .] [d’]une infraction » et « infraction dont il est déclaré coupable ». En fait, certains des droits que garantit l’art. 11 sembleraient n’avoir aucune signification hors du contexte criminel ou quasi criminel. [p. 555]

[52] Divers indices permettent d’établir qu’une procédure est de nature criminelle ou non. Lorsqu’il conclut que la disposition en cause prévoyant la confiscation administrative n’est pas de nature criminelle, le juge Fish fait observer que trois considérations peuvent être utiles dans l’examen de la jurisprudence relative à la nature d’une procédure : l’objet de la loi, l’objectif de la sanction et le processus menant à la sanction (par. 24). Nous avons affaire en l’espèce à une sanction pécuniaire administrative, non à une mesure administrative de recouvrement comme dans *Martineau*, et les objectifs de la sanction doivent être analysés en fonction de la question de savoir si la sanction constitue ou non une véritable conséquence pénale. Pour éviter toute répétition inutile, il convient de se pencher sur la première et la dernière considérations à ce stade, puis sur l’objectif de la sanction au moment de se demander si celle-ci constitue une véritable conséquence pénale. Nous verrons comment chacune de ces considérations se rattache à la procédure découlant de l’art. 163.2.

(b) *Application*(i) The Legislative Scheme and the Provision in Issue

[53] The question is whether the objectives of the proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory or a penal purpose. As Wilson J. put it in *Wigglesworth*, “if a particular matter is of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, then that matter is the kind of matter which falls within s. 11”: p. 560. She noted, by way of example, that proceedings of an “administrative nature instituted for the protection of the public in accordance with the policy of a statute” or which impose disqualifications “as part of a scheme for regulating an activity in order to protect the public” are generally not the sort of proceedings that engage s. 11: *ibid.*

[54] The *ITA* is “a self-reporting and self-assessing [scheme] which depends upon the honesty and integrity of the taxpayers for its success” in order to carry out its ultimate purpose, the raising of government revenues: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 636. Nonetheless, it contains a number of enforcement measures, including both civil and criminal penalties. Civil penalties are found in Part I, Division I, of the *ITA*, “Returns, Assessments, Payment and Appeals” and are assessed by the Canada Revenue Agency (“CRA”). Criminal offences, on the other hand, are found in Part XV, “Administration and Enforcement” and are prosecuted before a court of criminal jurisdiction.

[55] This appeal focuses on s. 163.2 of the *ITA*. Enacted in 2000, it contains two administrative penalties: the “planner penalty” in subs. (2) and the “preparer penalty” in subs. (4). The planner penalty is not at issue in this appeal. The preparer penalty reads:

b) *Application*(i) Le régime législatif et la disposition en cause

[53] La question qui se pose est celle de savoir si l’objectif d’une procédure, considéré dans son contexte législatif global, est de nature réglementaire ou pénale. Comme le souligne la juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth*, « si une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l’art. 11 » (p. 560). Elle fait remarquer à l’aide d’un exemple que les procédures « de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d’une loi » ou qui imposent des disqualifications « dans le cadre d’un régime de réglementation d’une activité visant à protéger le public » ne sont généralement pas de celles qui emportent l’application de l’art. 11 (*ibid.*).

[54] La *LIR* est « un régime d’auto-déclaration et d’auto-cotisation dont le succès repose sur l’honnêteté et l’intégrité des contribuables », son but ultime étant l’obtention de recettes par l’État (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 636). Néanmoins, elle prévoit un certain nombre de mesures d’exécution, y compris des sanctions de nature tant administrative que criminelle. Les sanctions de nature administrative se trouvent dans la partie I, section I, de la *LIR*, « Déclarations, cotisations, paiement et appels », et elles font l’objet de cotisations établies par l’Agence du revenu du Canada (« ARC »). Les sanctions criminelles figurent pour leur part à la partie XV intitulée « Application et exécution », et les contrevenants sont poursuivis devant une cour de juridiction criminelle.

[55] Le pourvoi porte essentiellement sur l’art. 163.2 de la *LIR*. Édité en 2000, cet article prévoit deux sanctions administratives, l’une infligée au planificateur (par. (2)), l’autre au spécialiste en déclarations (par. (4)). La « pénalité du planificateur » n’est pas en cause en l’espèce. Le texte de la disposition qui prévoit la « pénalité du spécialiste en déclarations » est le suivant :

(4) Every person who makes, or participates in, assents to or acquiesces in the making of, a statement to, or by or on behalf of, another person (in this subsection, subsections (5) and (6), paragraph (12)(c) and subsection (15) referred to as the “other person”) that the person knows, or would reasonably be expected to know but for circumstances amounting to culpable conduct, is a false statement that could be used by or on behalf of the other person for a purpose of this Act is liable to a penalty in respect of the false statement.

[56] The CRA explains that the preparer penalty is intended to apply when an individual has made, participated in, assented to, or acquiesced in the making of a false statement. A specific person who could use the false statement must be identified (the provision uses the term “the other person”). According to the CRA, the penalty could apply, for example, to an individual preparing a fraudulent tax return for or providing deceptive tax advice to a specific taxpayer. (See CRA’s information circular IC 01-1, “Third-Party Civil Penalties” (September 18, 2001 (online)), at paras. 6-7 and 9.)

[57] The preparer penalty is narrow: the false statement must be made knowingly or in circumstances amounting to culpable conduct. Culpable conduct is defined in s. 163.2(1) as

conduct, whether an act or a failure to act, that

- (a) is tantamount to intentional conduct;
- (b) shows an indifference as to whether this Act is complied with; or
- (c) shows a wilful, reckless or wanton disregard of the law.

[58] This is clearly a high standard. “[W]ilful, reckless or wanton disregard of the law” refers to concepts well known to the law, commonly encountered as degrees of *mens rea* in criminal law: see, e.g., K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at pp. 180-84 and 191-92. The use of such terms

(4) La personne qui fait un énoncé à une autre personne ou qui participe, consent ou acquiesce à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, (ces autres personnes étant appelées « autre personne » au présent paragraphe, aux paragraphes (5) et (6), à l’alinéa (12)c) et au paragraphe (15)) dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n’eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu’il constitue un faux énoncé qui pourrait être utilisé par l’autre personne, ou pour son compte, à une fin quelconque de la présente loi est passible d’une pénalité relativement au faux énoncé.

[56] L’ARC explique que la pénalité du spécialiste en déclarations est censée s’appliquer lorsqu’une personne a fait un faux énoncé ou a participé, consenti ou acquiescé à un faux énoncé fait par une autre personne. L’identité de la personne qui pourrait utiliser le faux énoncé doit être déterminée, car la disposition emploie l’expression « l’autre personne ». Selon l’ARC, la pénalité pourrait être infligée, par exemple, à une personne qui a préparé une déclaration de revenus frauduleuse pour un contribuable en particulier ou qui a fourni à ce dernier des conseils fiscaux trompeurs. (Voir la circulaire d’information IC 01-1 de l’ARC intitulée « Pénalités administratives imposées à des tiers » (18 septembre 2001 (en ligne)), par. 6-7 et 9.)

[57] Le champ d’application de la pénalité du spécialiste en déclarations est restreint : le faux énoncé doit avoir été fait sciemment ou dans des circonstances équivalant à une conduite coupable, laquelle est définie comme suit au par. 163.2(1) :

Conduite — action ou défaut d’agir — qui, selon le cas :

- a) équivaut à une conduite intentionnelle;
- b) montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi;
- c) montre une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi.

[58] Il s’agit clairement d’une norme stricte. L’expression « insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l’égard de la loi » renvoie à des notions juridiques bien connues qui correspondent généralement à des degrés de *mens rea* en droit criminel (voir p. ex. K. Roach, *Criminal Law* (5^e éd. 2012),

evinces a clear intention that “culpable conduct” be a more exacting standard than simple negligence.

[59] The expressions “shows an indifference as to whether this Act is complied with” and “tantamount to intentional conduct” originated in the jurisprudence on the gross negligence penalty applicable directly to taxpayers in s. 163(2) of the *ITA*, which states:

(2) Every person who, knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence, has made or has participated in, assented to or acquiesced in the making of, a false statement or omission in a return, form, certificate, statement or answer (in this section referred to as a “return”) filed or made in respect of a taxation year for the purposes of this Act, is liable to a penalty of . . . [Penalty calculations omitted.]

[60] The Minister states in her factum that “culpable conduct” in s. 163.2 of the *ITA* “was not intended to be different from the gross negligence standard in s. 163(2)”: para. 79. The Federal Court in *Venne v. The Queen*, [1984] C.T.C. 223 (T.D.), in the context of a s. 163(2) penalty, explained that “an indifference as to whether the law is complied with” is more than simple carelessness or negligence; it involves “a high degree of negligence tantamount to intentional acting”: p. 234. It is akin to burying one’s head in the sand: *Sirois (L.C.) v. Canada*, 1995 CarswellNat 555 (WL Can.) (T.C.C.), at para. 13; *Keller v. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.) (T.C.C.). The Tax Court in *Sidhu v. R.*, 2004 TCC 174, [2004] 2 C.T.C. 3167, explaining the decision in *Venne*, elaborated on expressions “tantamount to intentional conduct” and “shows an indifference as to whether this Act is complied with”:

Actions “tantamount” to intentional actions are actions from which an imputed intention can be found such as actions demonstrating “an indifference as to whether the law is complied with or not”. . . . The burden here is not to prove, beyond a reasonable doubt, *mens rea* to evade taxes. The burden is to prove on a balance of probability

p. 180-184 et 191-192). L’emploi de tels termes traduit l’intention évidente de faire en sorte que la « conduite coupable » commande l’application d’une norme plus stricte que ne le fait la simple négligence.

[59] Les expressions « montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi » et « équivaut à une conduite intentionnelle » tirent leur origine de la jurisprudence sur la pénalité pour faute lourde qui s’applique directement au contribuable suivant le par. 163(2) de la *LIR*, lequel dispose :

(2) Toute personne qui, sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, un formulaire, un certificat, un état ou une réponse (appelé « déclaration » au présent article) rempli, produit ou présenté, selon le cas, pour une année d’imposition pour l’application de la présente loi, ou y participe, y consent ou y acquiesce est passible d’une pénalité . . . [Calcul du montant de la pénalité omis.]

[60] Dans son mémoire, la ministre soutient que la « conduite coupable » visée à l’art. 163.2 de la *LIR* [TRADUCTION] « n’est pas censée différer de la faute lourde et de la norme qui s’y rattache au par. 163(2) » (par. 79). Dans *Venne c. Canada (ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1984] A.C.F. n° 314 (QL) (1^{re} inst.), une affaire relative à la pénalité prévue au par. 163(2), la Cour fédérale explique qu’« une indifférence au respect de la Loi » ne s’entend pas que d’une simple inattention ou négligence; elle suppose « un degré important de négligence qui corresponde à une action délibérée » (p. 11). Cela s’apparente en somme à faire l’autruche (*Sirois (L.C.) c. Canada*, 1995 CarswellNat 1974 (WL Can.) (C.C.I.), par. 13; *Keller c. Canada*, 1995 CarswellNat 569 (WL Can.) (C.C.I.)). Dans *Sidhu c. La Reine*, 2004 CCI 174, la Cour canadienne de l’impôt, pour expliquer sa décision dans *Venne*, développe les expressions « équivaut à une conduite intentionnelle » et « montre une indifférence quant à l’observation de la présente loi » :

Les actions « qui correspondent » à des actions réalisées intentionnellement sont celles pour lesquelles on peut présumer une intention, comme les actions qui démontrent « une indifférence au respect de la Loi ». [. . .] Le fardeau de la preuve ne consiste pas à prouver au-delà du doute raisonnable l’intention coupable de se

such an indifference to appropriate and reasonable diligence in a self-assessing system as belies or offends common sense. [para. 23]

[61] Therefore, while there has been debate as to the scope of “culpable conduct” (as argued before the Tax Court in this matter), the standard must be at least as high as gross negligence under s. 163(2) of the *ITA*. The third party penalties are meant to capture serious conduct, not ordinary negligence or simple mistakes on the part of a tax preparer or planner.

[62] We can conclude that the purpose of this proceeding is to promote honesty and deter gross negligence, or worse, on the part of preparers, qualities that are essential to the self-reporting system of income taxation assessment.

(ii) The Process

[63] With respect to the process, the heart of the analysis is concerned with the extent to which it bears the traditional hallmarks of a criminal proceeding. Fish J. referred to some of the relevant considerations in *Martineau*, including whether the process involved the laying of a charge, an arrest, a summons to appear before a court of criminal jurisdiction, and whether a finding of responsibility leads to a criminal record: para. 45. The use of words traditionally associated with the criminal process, such as “guilt”, “acquittal”, “indictment”, “summary conviction”, “prosecution”, and “accused”, can be a helpful indication as to whether a provision refers to criminal proceedings.

[64] The fact that the penalty is imposed by a judge in a criminal court is, of course, another sign that the offence is criminal in nature. But whether a proceeding is criminal by nature does not depend on the actual penalty imposed. For example, parking tickets can involve relatively small fines,

soustraire au paiement de l’impôt, mais à prouver selon la prépondérance des probabilités une telle indifférence à l’égard de la diligence appropriée et raisonnable dans le contexte d’un système d’autocotisation qui contredit et insulte le sens commun. [par. 23 (CanLII)]

[61] Par conséquent, bien que la portée de la définition de « conduite coupable » soit objet de débats (comme on l’a plaidé devant la Cour de l’impôt dans la présente affaire), la norme appliquée doit être au moins aussi stricte que pour la faute lourde au titre du par. 163(2) de la *LIR*. La pénalité infligée au tiers vise à sanctionner une conduite grave, non la négligence ordinaire ou la simple erreur du spécialiste en déclarations ou du planificateur.

[62] Nous pouvons conclure que l’objectif de la procédure en cause est de promouvoir l’honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave, ce qui est essentiel dans le cadre d’un système d’autocotisation.

(ii) Le processus

[63] En ce qui a trait au processus, la question est foncièrement celle de savoir dans quelle mesure il présente les caractéristiques habituelles d’une procédure criminelle. Dans l’arrêt *Martineau*, le juge Fish mentionne certaines des considérations pertinentes, dont celle de savoir si le processus comprend le dépôt d’une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle, et celle de savoir si une conclusion de responsabilité conduit à un casier judiciaire (par. 45). L’emploi de termes habituellement liés au processus criminel, tels que « culpabilité », « acquittement », « acte d’accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuivant » et « accusé » peut constituer une indication utile pour déterminer si une disposition renvoie à une procédure criminelle.

[64] Évidemment, l’infliction de la sanction par une cour criminelle tend également à indiquer que l’infraction est de nature criminelle. Or, la nature criminelle d’une procédure ne dépend pas de la sanction effectivement infligée. Par exemple, une contravention pour stationnement illégal peut

but where they are imposed in conformity with the general criminal process (e.g. pleading guilty or contesting the fine before a judge, prosecution by a Crown attorney), s. 11 rights apply: *Wigglesworth*, at para. 559. Offences in the *Criminal Code*, the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and quasi-criminal offences under provincial legislation are the type of proceedings which are criminal in nature: see the *Constitution Act, 1867*, s. 92(15); *Wigglesworth*, at p. 560; *Martineau*, at para. 21.

[65] If, considering all of these factors, the process is criminal in nature, it engages s. 11 of the *Charter*.

[66] The process leading to the imposition of the penalty is described in the CRA's IC 01-1, at paras. 79-89. CRA auditors conduct a penalty audit, advise the preparer or planner in writing of the audit, and consider any representation that the individual chooses to make before making a recommendation to the Third-Party Penalty Review Committee. If this Committee agrees with the recommendation to impose the penalty, it will give the planner or preparer another opportunity to make representations before making its decision.

[67] This administrative process can be contrasted with the process which applies to criminal offences in the *ITA*: ss. 238 and 239. Unlike the administrative penalties in s. 163.2, the criminal sanctions are imposed by a court of criminal jurisdiction after the laying of an information or complaint: see s. 244. For ease of reference, we repeat the criteria from *Martineau*. Just as in that case, in the context of s. 163.2:

No one is charged No information is laid against anyone. No one is arrested. No one is summoned to appear before a court of criminal jurisdiction. No criminal record will result from the proceedings. At worst, once the

donner lieu à une amende relativement minime, mais lorsque celle-ci est infligée en conformité avec le processus criminel en général (p. ex., inscription d'un plaidoyer de culpabilité ou contestation de l'amende devant le tribunal, poursuite par un procureur du ministère public), les droits garantis par l'art. 11 s'appliquent (*Wigglesworth*, par. 559). Les infractions créées par le *Code criminel*, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, et la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, ainsi que les infractions quasi criminelles créées par les lois provinciales, donnent lieu à des procédures de nature criminelle (voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(15); *Wigglesworth*, p. 560; *Martineau*, par. 21).

[65] Le processus qui, au regard de l'ensemble de ces considérations, est de nature criminelle emporte l'application de l'art. 11 de la *Charte*.

[66] La circulaire IC 01-1 de l'ARC fait état, aux par. 79-89, du processus d'infliction de la pénalité. Les vérificateurs de l'ARC effectuent la vérification nécessaire, en informent par écrit le spécialiste en déclarations ou le planificateur et examinent toute observation de ce dernier avant de faire une recommandation au Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers. Si le Comité accepte la recommandation d'imposer la pénalité, il offre au planificateur ou au spécialiste en déclarations une autre occasion de se faire entendre avant que la décision ne soit rendue.

[67] Comparons ce processus administratif avec le processus que prévoit la *LIR* pour une infraction criminelle (art. 238 et 239). Contrairement aux pénalités administratives de l'art. 163.2, les sanctions criminelles sont infligées par une cour de juridiction criminelle après le dépôt d'une dénonciation ou d'une plainte (voir art. 244). Par souci de commodité, nous rappelons les critères énoncés dans l'arrêt *Martineau*. Tout comme dans cette affaire, dans le contexte de l'art. 163.2 :

. . . [le processus] n'inculpe personne. Aucune dénonciation n'est déposée contre qui que ce soit. Personne n'est arrêté. Personne n'est sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale. Aucun casier judiciaire n'en

administrative proceeding is complete and all appeals are exhausted, if the [penalty] is upheld and the person liable to pay still refuses to do so, he or she risks being forced to pay by way of a civil action. [para. 45]

Similarly, under s. 163.2(4), if the assessment is upheld and payment is not made, the Minister may only invoke civil collection procedures under the *ITA*.

[68] Ms. Guindon submits that where the same conduct can lead to either an administrative monetary penalty or a criminal sanction, the proceedings will be criminal in nature. Here, conduct which may form the basis of an administrative penalty under s. 163.2 could also be the basis for criminal prosecution under s. 239 of the *ITA*: see the Tax Court's reasons, at paras. 44-50. However, the same act could have more than one aspect. It follows that the fact that the same conduct which could form the basis of an administrative penalty could also lead to a criminal conviction is irrelevant to the characterization of the administrative penalty. As explained earlier, the test is that set out in *Wigglesworth and Martineau*.

[69] Should an individual be assessed an administrative monetary penalty and subsequently face criminal prosecution for the same conduct (or vice versa), that individual may argue that bringing the second proceedings in the particular circumstances is an abuse of process.² As nothing in the record before this Court indicates that Ms. Guindon is facing criminal prosecution, that issue is not before us.

[70] Ms. Guindon argues that s. 163.2(4) is not an administrative offence because it is not restricted to the regulated class in the *ITA* (taxpayers) and departs from the general purpose of the Act: the

résulte. Au pire des cas, une fois la procédure administrative et les appels épuisés, si [la pénalité] est maintenu[e] et que la personne redevable refuse toujours de payer, cette dernière risque d'être contrainte civilement de le faire. [par. 45]

De même, pour les besoins du par. 163.2(4), si la cotisation est maintenue et que le paiement n'est pas effectué, le ministre ne peut recourir qu'à la procédure de recouvrement administrative de la *LIR*.

[68] M^{me} Guindon soutient que lorsqu'une même conduite peut mener soit à une sanction pécuniaire administrative, soit à une sanction criminelle, la procédure est de nature criminelle. En l'espèce, la conduite qui est susceptible d'entraîner une pénalité administrative au titre de l'art. 163.2 peut également donner lieu à une poursuite criminelle suivant l'art. 239 de la *LIR* (voir les motifs de la Cour de l'impôt, par. 44-50). Toutefois, la même conduite pourrait revêtir plus d'un aspect. Dès lors, le fait que la conduite qui justifie une pénalité administrative peut également donner lieu à une déclaration de culpabilité au pénal importe peu quant à la qualification à titre de pénalité administrative. Comme nous l'expliquons précédemment, le critère est celui énoncé dans les arrêts *Wigglesworth et Martineau*.

[69] La personne qui, pour une même conduite, fait l'objet d'une sanction pécuniaire administrative puis d'une poursuite criminelle (ou l'inverse) peut faire valoir que, dans les circonstances, la seconde mesure constitue un abus de procédure². Comme aucun élément du dossier dont dispose notre Cour n'indique que M^{me} Guindon fait l'objet d'une poursuite criminelle, nous n'avons pas à examiner ce point.

[70] M^{me} Guindon fait valoir que le par. 163.2(4) ne crée pas une infraction administrative parce qu'il ne s'applique pas seulement aux personnes que vise la réglementation assurée par la *LIR* (les

² It should be noted that in the *ITA*, ss. 238(3) and 239(3) prevent an individual from being liable for any penalty assessed under the administrative monetary penalty provisions after the individual is convicted of an offence under the Act for the same conduct.

² Il convient de noter que les par. 238(3) et 239(3) de la *LIR* empêchent qu'une personne se voie infliger une pénalité au titre des dispositions relatives aux sanctions pécuniaires administratives après qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction à la Loi pour une même conduite.

collection of tax. While the individuals targeted by s. 163.2(4) of the *ITA* are not the taxpayers themselves, this does not detract from the provision's administrative nature. The *ITA* regulatory scheme encompasses more than those who pay taxes: employers, banks, brokers, charities, and other entities are required to file information returns and to produce information in order to verify taxpayer compliance. Provisions, such as administrative monetary penalties, that encourage compliance by these non-taxpayers are integral to the *ITA*'s regulatory regime and are not criminal in nature simply because the target is not the taxpayer.

[71] Ms. Guindon also submits that the use of the term “culpable conduct” in s. 163.2(4) indicates a *mens rea* requirement, which is classically criminal in nature. This is irrelevant to the analysis because, as discussed, the criminal in nature analysis is concerned with the process, not the conduct. The simple fact that there is a mental element that must be present in order for the penalty to be imposed does not render the provision criminal. For example, intentional torts require proof of intention, commonly understood as a subjective desire to cause the consequence of one's action: see P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 251. In addition, some non-criminal statutory causes of action include mental elements such as recklessness or knowledge. For example, the statutory cause of action in s. 134(4) of Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, includes a knowledge requirement. Also, s. 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, creates a cause of action for those who have suffered loss or damage as a result of conduct contrary to Part VI, which contains the Act's criminal offences. Given that these are criminal offences, all contain a *mens rea* element, but that does not render s. 36 proceedings criminal.

contribuables) et qu'il déroge à l'objet général de la Loi, soit le recouvrement de l'impôt. Bien que les personnes visées au par. 163.2(4) de la *LIR* ne soient pas les contribuables eux-mêmes, la disposition n'en est pas moins de nature administrative. Le régime de réglementation de la *LIR* ne s'applique pas qu'à ceux qui paient des impôts, mais aussi aux employeurs, aux banques, aux courtiers, aux organismes de bienfaisance et aux autres entités qui sont tenues de produire des déclarations de renseignements et de fournir de l'information aux fins de vérification de la conformité des déclarations des contribuables. Les dispositions, y compris celles relatives aux sanctions pécuniaires administratives, qui favorisent l'observation de la loi par ces non-contribuables font partie intégrante du régime de réglementation de la *LIR* et ne sont pas de nature criminelle du simple fait qu'elles ne visent pas le contribuable.

[71] M^{me} Guindon soutient également que l'emploi de l'expression « conduite coupable » au par. 163.2(4) indique l'exigence d'une *mens rea*, ce qui est propre au domaine criminel. Or, cet élément importe peu, car — nous l'avons dit — l'analyse relative à la nature criminelle s'attache au processus, non à la conduite. La seule exigence d'un élément moral pour que la pénalité puisse être infligée ne fait pas en sorte que la disposition soit de nature criminelle. Par exemple, le délit intentionnel requiert la preuve de l'intention, ce qui s'entend généralement du fait d'avoir subjectivement voulu les conséquences de ses actes (voir P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 251). De plus, certaines causes d'action non criminelles prévues par la loi comprennent un élément moral comme l'insouciance ou la connaissance. Par exemple, la cause d'action prévue au par. 134(4) de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5, comprend une exigence de connaissance. De même, l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, confère une cause d'action à celui qui subit une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI, laquelle prévoit les infractions criminelles que crée la Loi. S'agissant d'infractions criminelles, elles requièrent toutes une certaine *mens rea*, mais l'art. 36 n'établit pas pour autant une procédure criminelle.

[72] While some regulatory penalties are imposed without consideration of the person's state of mind, in other cases it is rational that the state would only wish to impose a penalty on those who engage in misconduct knowingly, recklessly, or with a particular intention. Providing a due diligence defence or including a mental element as a component of the penalty does not detract from the administrative nature of the penalty. (See the Federal Court of Appeal's reasons, at para. 48.)

(c) *Conclusion on the "Criminal in Nature" Test*

[73] We conclude that the s. 163.2 process is not criminal in nature.

(5) The True Penal Consequence Test

(a) Introduction

[74] As we have explained, the preparer penalty is designed to apply when an individual engages in conduct such as preparing a fraudulent tax return, conduct which undermines the self-reporting and self-assessing scheme which depends on honesty and diligence of taxpayers and those whom they engage to assist them. For the reasons that follow, we conclude that the penalty is not a true penal consequence.

(b) Principles

[75] Administrative monetary penalties are designed as sanctions to be imposed through an administrative process. They are not imposed in a criminal proceeding. Thus, the issue of whether a person who is the subject of an ostensibly administrative regime is in reality "charged with an offence" is addressed by the second *Wigglesworth/Martineau* test: Does the sanction impose a true penal consequence? Wigglesworth teaches that a true penal consequence is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant

[72] Bien que, dans certains cas, une sanction réglementaire soit infligée sans que l'état d'esprit de la personne ne soit pris en compte, dans d'autres, il est logique que l'État ne veuille infliger une sanction qu'à celui qui, par insouciance ou animé d'une intention particulière, accomplit un acte fautif. La possibilité d'invoquer la diligence raisonnable en défense ou l'exigence d'un élément moral n'enlève rien à la nature administrative de la sanction. (Voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 48.)

c) *Conclusion sur le critère de la « nature criminelle »*

[73] Nous concluons que le processus correspondant à l'art. 163.2 n'est pas de nature criminelle.

(5) Le critère de la véritable conséquence pénale

a) Introduction

[74] Comme nous l'expliquons précédemment, la pénalité du spécialiste en déclarations est censée s'appliquer à la personne qui, par exemple, établit une déclaration de revenus frauduleuse et nuit ainsi au régime d'autodéclaration et d'autocotisation dont le bon fonctionnement repose sur l'honnêteté et la diligence des contribuables et de ceux dont ils retiennent les services pour les aider. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la pénalité ne constitue pas une véritable conséquence pénale.

b) Principes

[75] Les sanctions pécuniaires administratives sont des sanctions conçues pour être infligées à l'issue d'un processus administratif. Elles ne font pas suite à une procédure criminelle. Ainsi, pour savoir si la personne qui fait officiellement l'objet d'une mesure administrative est en réalité « inculpé[e] », le critère à utiliser est le second dégagé dans les arrêts *Wigglesworth* et *Martineau* : la sanction impose-t-elle une véritable conséquence pénale? Selon l'arrêt *Wigglesworth*, la véritable conséquence pénale s'entend de la peine d'emprisonnement ou

factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance: see p. 561.

[76] Imprisonment is always a true penal consequence. A provision that includes the possibility of imprisonment will be criminal no matter the actual sanction imposed: see *Wigglesworth*, at p. 562. A monetary penalty may or may not be a true penal consequence. It will be so when it is, in purpose or effect, punitive. Whether this is the case is assessed by looking at considerations such as the magnitude of the fine, to whom it is paid, whether its magnitude is determined by regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing, and whether stigma is associated with the penalty: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. United States Steel Corp.*, 2011 FCA 176, 333 D.L.R. (4th) 1, at paras. 76-77.

[77] The magnitude of the sanction on its own is not determinative. However, if the amount at issue is out of proportion to the amount required to achieve regulatory purposes, this consideration suggests that it will constitute a true penal consequence and that the provision will attract the protection of s. 11 of the *Charter*. This is not to say that very large penalties cannot be imposed under administrative monetary penalty regimes. Sometimes significant penalties are necessary in order to deter non-compliance with an administrative scheme: see *Rowan v. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492, at para. 49. The amount of the penalty should reflect the objective of deterring non-compliance with the administrative or regulatory scheme.

(c) *An Upper Limit on Administrative Penalties?*

[78] Ms. Guindon and the interveners the Canadian Constitution Foundation suggest that there should be an upper limit on the amount of an administrative monetary penalty. Citing the Ontario

de l'amende qui, compte tenu de son importance et d'autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d'assurer l'observation de la loi (voir p. 561).

[76] L'emprisonnement constitue toujours une véritable conséquence pénale. La disposition qui prévoit la possibilité d'un emprisonnement est de nature criminelle, peu importe la sanction réellement imposée (voir *Wigglesworth*, p. 562). Une sanction pécuniaire peut ou non constituer une véritable conséquence pénale. C'est le cas lorsque, par son objet ou son effet, elle est punitive. Pour le savoir, il faut tenir compte de choses comme le montant de l'amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non (voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. United States Steel Corp.*, 2011 CAF 176, par. 76-77 (CanLII)).

[77] L'importance de la sanction n'est pas déterminante en soi. Toutefois, lorsque le montant en cause est disproportionné à celui qui permet d'atteindre les objectifs de la réglementation, il y a lieu de penser qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale, de sorte que la disposition emporte l'application de l'art. 11 de la *Charte*. Cela ne veut pas dire qu'une pénalité d'un montant très élevé ne puisse être infligée à titre de sanction pécuniaire administrative. Il arrive en effet parfois qu'une pénalité d'un montant substantiel soit nécessaire pour décourager l'inobservation d'un régime administratif (voir *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, 110 O.R. (3d) 492, par. 49). Le montant de la pénalité doit refléter l'objectif de décourager l'inobservation du régime administratif ou de réglementation.

(c) *L'application d'un plafond à la pénalité administrative?*

[78] M^{me} Guindon et l'intervenante Canadian Constitution Foundation laissent entendre que le montant d'une sanction administrative pécuniaire devrait être plafonné. Citant le par. 54 de

Court of Appeal decision in *Rowan*, at para. 54, which considered the imposition of an administrative penalty under the Ontario *Securities Act*, Ms. Guindon submits that the maximum amount that can be imposed under an administrative monetary penalty should be one fifth of the penalty which can be imposed by criminal prosecution. The CCF submits that there should be a monetary threshold beyond which administrative penalties are presumed to be criminal, suggesting \$10,000 for an individual and \$100,000 for a corporation: I.F., at para. 32.

[79] We cannot agree with these approaches. First, the one-to-five ratio suggested by Ms. Guindon is not a general standard. She derives the proposed rule from the Ontario Court of Appeal's decision in *Rowan*, yet in that decision, the court merely recognized the ratio between a particular administrative monetary penalty in the Ontario *Securities Act* and the maximum criminal penalty that could apply for the same misconduct: see *Securities Act*, ss. 122(1) and 127(1)9; *Rowan*, at para. 54. The Court of Appeal did not find that this was a general rule applicable to all administrative monetary penalties or that this was the only relevant consideration. Second, and most fundamentally, an arbitrary upper limit on administrative monetary penalties could undermine their goal: to deter actions which do not comply with the administrative regime. The analysis must ask whether the amount of the penalty, considered with the other relevant factors, is in keeping with the nature of the misconduct and the penalty necessary to serve regulatory purposes, such as promoting compliance and deterring non-compliance, not focus on an arbitrary threshold which may bear no relation to the particular administrative regime and policy goals: see *United States Steel Corp.*, at para. 74.

[80] Some statutes prescribe very high administrative monetary penalties, at times over a million dollars, and these have been upheld where it is demonstrated that the penalty serves regulatory purposes. In some cases, sizable penalties are

l'arrêt *Rowan* de la Cour d'appel de l'Ontario, qui porte sur une pénalité administrative infligée sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, M^{me} Guindon soutient que le montant maximum d'une sanction pécuniaire administrative devrait correspondre au cinquième de l'amende susceptible d'être infligée à l'issue d'une poursuite criminelle. La CCF préconise pour sa part l'établissement d'un plafond au-delà duquel une pénalité administrative serait présumée être de nature criminelle, et elle propose de fixer ce plafond à 10 000 \$ pour un particulier et à 100 000 \$ pour une personne morale (mémoire, par. 32).

[79] Nous ne pouvons souscrire à ces approches. Premièrement, la fraction d'un cinquième que propose M^{me} Guindon en se fondant sur l'arrêt *Rowan* de la Cour d'appel de l'Ontario ne constitue pas une norme générale. Dans cet arrêt, la Cour d'appel reconnaît simplement l'existence d'un rapport entre une sanction pécuniaire administrative prévue par la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario et la peine maximale susceptible d'être infligée au pénal pour les mêmes actes (voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, par. 122(1) et 127(1)9; *Rowan*, par. 54). La Cour d'appel ne voit pas là une règle générale applicable à toute sanction pécuniaire administrative, ni la seule considération pertinente. Deuxièmement, et plus fondamentalement, plafonner les sanctions pécuniaires administratives pourrait aller à l'encontre de leur objectif, à savoir décourager l'inobservation du régime administratif. Il faut se demander si le montant de la pénalité, compte tenu des autres considérations pertinentes, est compatible avec la nature de l'acte fautif et si la pénalité est nécessaire à la réalisation des objectifs de la réglementation que sont par exemple la promotion de l'observation de la loi et la prévention de son inobservation, et non fixer une limite arbitraire pouvant n'avoir aucun lien avec le régime administratif en cause et ses objectifs généraux (voir *United States Steel Corp.*, par. 74).

[80] Quelques lois prévoient des sanctions pécuniaires administratives d'un montant très élevé, parfois plus d'un million de dollars, que les tribunaux confirment lorsqu'il est établi qu'elles servent les fins de la réglementation. Dans certains cas, leur

necessary so the penalty is not simply considered a cost of doing business: see the Federal Court of Appeal's reasons, at para. 47. For example, an administrative penalty of \$1 million per infraction in the *Alberta Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, was upheld in *Lavallee v. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295. The Federal Court of Appeal upheld a provision of the *Investment Canada Act*, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Supp.), which allowed for penalties of up to \$10,000 per day for failure to comply with a ministerial directive: see *United States Steel Corp.* The Ontario Superior Court found that a \$10 million administrative monetary penalty in the *Competition Act* for deceptive marketing practices did not engage s. 11 of the *Charter: Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297. The Ontario Court of Appeal in *Rowan*, noting that the amount of the penalty is determined by regulatory considerations distinct from the principles of criminal liability and sentencing, that no criminal record results and the proceeds are used for the benefit of third parties, stated that

[p]enalties of up to \$1 million per infraction are, in my view, entirely in keeping with the Commission's mandate to regulate the capital markets where enormous sums of money are involved and where substantial penalties are necessary to remove economic incentives for non-compliance with market rules. [para. 49]

[81] In all of these cases, the courts found that high administrative monetary penalties were required to encourage compliance with the administrative regime. The relevant question is not the amount of the penalty in absolute terms, it is whether the amount serves regulatory rather than penal purposes.

(d) *Application*

[82] Section 163.2 of the *ITA* does not impose any "true penal consequence".

montant doit être assez important afin qu'elles ne soient pas simplement considérées comme un coût de fonctionnement (voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 47). Par exemple, une sanction administrative d'un million de dollars par infraction prévue par la *Securities Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. S-4, est confirmée dans l'arrêt *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295. Dans *United States Steel Corp.*, la Cour d'appel fédérale confirme une disposition de la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.), qui prévoit des pénalités allant jusqu'à 10 000 \$ par jour en cas d'omission de se conformer à une directive ministérielle. Dans *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297, la Cour supérieure de justice de l'Ontario conclut que la sanction pécuniaire administrative de 10 millions de dollars prévue par la *Loi sur la concurrence* pour pratiques commerciales trompeuses n'emporte pas l'application de l'art. 11 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Rowan*, faisant remarquer que le montant de la sanction est fixé en fonction de considérations de réglementation distinctes des principes de la responsabilité criminelle et de la détermination de la peine, qu'aucun casier judiciaire n'en résulte et que les sommes sont perçues au bénéfice de tiers, la Cour d'appel de l'Ontario déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Les sanctions allant jusqu'à un million de dollars par infraction sont, à mon avis, entièrement compatibles avec le mandat de la Commission qui consiste à réguler les marchés financiers où circulent des sommes considérables, de sorte que des sanctions substantielles s'imposent pour supprimer l'incitation financière à l'inobservation des règles. [par. 49]

[81] Dans toutes ces affaires, les cours concluent que des sanctions pécuniaires administratives d'un montant élevé sont nécessaires pour inciter à l'observation du régime administratif. Le débat ne porte pas sur leur montant dans l'absolu, mais bien sur la question de savoir si l'objectif qui sous-tend la fixation de leur montant est réglementaire ou pénal.

d) *Application*

[82] L'article 163.2 de la *LIR* n'impose aucune « véritable conséquence pénale ».

[83] Considering first the purpose of the penalty, s. 163.2 was enacted in 2000 to discourage individuals from making false statements on behalf of others or from counselling others to make false statements: see the Tax Court's reasons, at paras. 36-37. Thus its purpose is to promote compliance with the scheme. The fact that the penalty is intended to have a deterrent effect does not take it out of the realm of administrative penalties. As Fish J. pointed out in *Martineau*, penalties which are clearly not penal in nature, such as damages imposed in relation to civil liability and penalties imposed in disciplinary proceedings, have deterrent aspects: see para. 38.

[84] The magnitude of penalties under s. 163.2(4) is directly tied to the objective of deterring non-compliance with the *ITA*. The amount is calculated pursuant to s. 163.2(5) and takes into account the penalty to which the other person (for whom or to whom the violator has made the false statement) would be liable in addition to the violator's gross compensation in respect of the false statement. These factors speak to the magnitude of the tax that could potentially be avoided and the violator's personal gain, both of which are relevant in deterring such misconduct. The amount is fixed without regard to other general criminal sentencing principles and no stigma comparable to that attached to a criminal conviction flows from the imposition of the penalty.

[85] Ms. Guindon was assessed a penalty of \$546,747. This amount is very high for an individual. However, in the circumstances it does not constitute a true penal consequence: the Tax Court found that there were 135 violations (see paras. 1 and 112). In addition, that court found that Ms. Guindon was dishonest in her initial legal opinion when she stated that she had reviewed the supporting documents. She then compounded this dishonesty by signing charitable receipts that she should reasonably have known were tainted by her own failure to verify the legal basis of the program: paras. 107-9. Such dishonesty cannot be countenanced in a self-reporting system. As noted by the Federal Court of Appeal, "[s]ometimes administrative penalties must be large in order

[83] Examinons d'abord l'objectif de la pénalité. L'article 163.2 a été édicté en 2000 pour dissuader toute personne de faire un faux énoncé pour le compte d'autrui ou de conseiller à une autre personne d'en faire un (voir les motifs de la Cour de l'impôt, par. 36-37). Il vise donc à promouvoir l'observation du régime. Même si la pénalité se veut dissuasive, sa nature demeure administrative. Comme le signale le juge Fish dans l'arrêt *Martineau*, les sanctions qui ne sont manifestement pas de nature pénale, tels les dommages-intérêts pour responsabilité civile et les sanctions disciplinaires, ont un effet dissuasif (voir par. 38).

[84] L'importance de la pénalité prévue au par. 163.2(4) est directement liée à l'objectif de décourager l'inobservation de la *LIR*. Son montant est calculé en application du par. 163.2(5), et il est tenu en compte de la pénalité à laquelle l'autre personne (celle pour qui ou à qui est fait le faux énoncé) serait tenue en plus de la rétribution brute du contrevenant pour le faux énoncé. Ces éléments témoignent de l'importance de l'impôt susceptible d'être évité et du gain personnel obtenu par le contrevenant, les deux devant être pris en compte pour décourager un tel acte fautif. Le montant de la pénalité est fixé sans égard aux principes généraux de détermination de la peine en matière criminelle et il n'en résulte aucune stigmatisation comparable à celle découlant d'une déclaration de culpabilité au pénal.

[85] M^{me} Guindon s'est vu infliger une pénalité de 546 747 \$, ce qui représente une somme très élevée dans le cas d'un particulier. Toutefois, dans les circonstances, il ne s'agit pas d'une véritable conséquence pénale. La Cour de l'impôt relève 135 contraventions (voir par. 1 et 112) et elle conclut que M^{me} Guindon a fait preuve de malhonnêteté dans sa première opinion juridique en y déclarant avoir examiné les documents à l'appui. M^{me} Guindon a ensuite ajouté à sa malhonnêteté en signant les reçus pour dons de bienfaisance dont elle aurait dû raisonnablement savoir qu'ils étaient viciés par son omission de vérifier le fondement juridique du programme (par. 107-109). Une telle malhonnêteté ne saurait être admise dans un système

to deter conduct detrimental to the administrative scheme and the policies furthered by it”: para. 46.

[86] The Tax Court found that Ms. Guindon wrote and endorsed a legal opinion that she knew was “flawed and misleading”: in the opinion, she stated that she had reviewed supporting material which had in fact never been provided to her (para. 105). Later, when she signed charitable tax receipts as part of the program, she chose to “rely on her own legal opinion which she knew to be incomplete”: para. 107. The Tax Court found that Ms. Guindon’s conduct was “indicative either of complete disregard of the law and whether it was complied with or not or of wilful blindness”: para. 108.

[87] We agree with the Federal Court of Appeal that a maximum penalty for a person making a false statement of \$100,000 plus the person’s gross compensation in relation to that statement

does not demonstrate a purpose extending beyond deterrence to denunciation and punishment of the offender for the “wrong done to society”: *Wigglesworth*, *supra*, at page 561. Rather, in light of the possibility of false statements going undetected, penalties of such magnitude are necessary to prevent them from being regarded as just “another cost of doing business”: *United States Steel Corp.*, *supra*, at paragraph 77. [para. 47]

[88] In this case, the penalty of \$546,747 assessed against Ms. Guindon does not impose a true penal consequence — the magnitude reflects the objective of deterring conduct of the type she engaged in. Although the penalty is paid ultimately into the Consolidated Revenue Fund, none of the other relevant considerations supports the view that this penalty is a true penal consequence.

(6) Conclusion

[89] We conclude that the proceeding under s. 163.2 is not criminal in nature and does not lead

d’autocotisation. Comme le fait remarquer la Cour d’appel fédérale, « [l]es pénalités administratives doivent parfois être élevées pour dissuader une conduite préjudiciable au régime administratif mis en place et aux politiques qu’il met en œuvre » (par. 46).

[86] La Cour de l’impôt conclut que M^{me} Guindon a rédigé et signé une opinion juridique qu’elle savait « lacunaire et trompeur[se] » car elle y affirmait avoir examiné des documents à l’appui qui, en réalité, ne lui avaient jamais été remis (par. 105). Plus tard, lorsqu’elle a signé les reçus fiscaux pour dons de bienfaisance dans le cadre du programme, elle a décidé de « se fier à s[a] propre [opinion] juridique qu’elle savait incompl[ète] » (par. 107). La Cour de l’impôt conclut que la conduite de M^{me} Guindon « témoigne d’une indifférence complète à l’égard de la loi et de la question de savoir si elle est respectée ou non, ou d’un aveuglement volontaire » (par. 108).

[87] Nous convenons avec la Cour d’appel fédérale que la pénalité maximale dont est passible l’auteur d’un faux énoncé, soit 100 000 \$ plus sa rétribution brute pour cet énoncé,

ne dénote pas un objectif de réprobation et de punition du contrevenant pour le « tort causé à la société » (*Wigglesworth*, précité, à la page 561). Il s’agit plutôt de prévoir des pénalités de nature à faire en sorte qu’elles « ne soient pas considérées comme une simple dépense d’affaire » (*United States Steel Corp.*, précité, au paragraphe 77), compte tenu du fait qu’il est possible que les faux énoncés passent inaperçus. [par. 47]

[88] En l’espèce, la pénalité de 546 747 \$ infligée à M^{me} Guindon ne constitue pas une véritable conséquence pénale, car son montant élevé reflète l’objectif de décourager des actes comme ceux qui ont été accomplis. La pénalité est certes versée au Trésor au bout du compte, mais aucune autre considération pertinente n’appuie l’idée qu’il s’agit d’une véritable conséquence pénale.

(6) Conclusion

[89] Nous concluons que la procédure découlant de l’art. 163.2 n’est pas de nature criminelle

to the imposition of true penal consequences. We agree with Stratas J.A., writing for the Federal Court of Appeal, that “the assessment of a penalty under section 163.2 is not the equivalent of being ‘charged with a [criminal] offence.’ Accordingly, none of the section 11 rights apply in section 163.2 proceedings”: para. 37.

[90] Finally, we note that even though s. 11 of the *Charter* is not engaged by s. 163.2 of the *ITA*, those against whom penalties are assessed are not left without recourse or protection. They have a full right of appeal to the Tax Court of Canada and, as the respondent pointed out in her factum, have access to other administrative remedies: R.F., at para. 99; see, e.g., *ITA*, s. 220(3.1).

IV. Proposed Disposition

[91] We would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Abella, Karakatsanis and Wagner JJ. were delivered by

[92] ABELLA AND WAGNER JJ. — Legislatures across Canada have enacted mandatory provisions that require litigants who wish to challenge the constitutionality of a piece of legislation to give notice to the Attorneys General. This notice gives governments an opportunity to present evidence justifying the constitutionality of the law and permits all parties to challenge that evidence. The goal is for the court, in the public interest, to have the fullest and best evidence possible before deciding the issue so that a tested and thorough evidentiary record is available.

[93] The indispensable evidentiary role governments play in constitutional challenges was trenchantly described by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241:

et que nulle véritable conséquence pénale n’en résulte. Nous convenons avec le juge Stratas, qui s’exprime au nom de la Cour d’appel fédérale, que « se voir infliger une pénalité en application de l’article 163.2, ce n’est pas l’équivalent d’être “inculpé”. Par conséquent, aucun des droits prévus à l’article 11 ne s’applique à une procédure découlant de l’article 163.2 » (par. 37).

[90] Enfin, nous faisons remarquer que même si l’art. 163.2 de la *LIR* n’emporte pas l’application de l’art. 11 de la *Charte*, celui qui se voit infliger une pénalité n’est pas sans recours ni protection. Il peut interjeter appel de plein droit à la Cour canadienne de l’impôt et, comme le signale l’intimée dans son mémoire, il dispose d’autres recours sur le plan administratif (m.i., par. 99; voir p. ex. *LIR*, par. 220(3.1)).

IV. Dispositif

[91] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis et Wagner rendus par

[92] LES JUGES ABELLA ET WAGNER — Les législateurs ont, à la grandeur du Canada, adopté des dispositions obligatoires selon lesquelles tout plaideur désireux de contester la constitutionnalité d’une loi doit signifier un avis en ce sens aux procureurs généraux. Cet avis permet aux gouvernements de présenter des éléments de preuve qui étayent la constitutionnalité de la loi en cause et à toutes les parties de contester ces éléments de preuve. L’objectif derrière cette mesure est d’assurer que la cour saisie dispose, dans l’intérêt public, d’une preuve à la fois vérifiée et complète pour statuer à partir d’un dossier le plus complet et le plus fiable possible.

[93] Dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka fait état avec aplomb du rôle indispensable des gouvernements en matière de preuve lorsque la constitutionnalité d’une disposition législative est contestée :

In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. [para. 48]

[94] This appeal addresses the effect of the failure — without explanation, without the consent of the Attorneys General entitled to notice, and without exceptional circumstances — to provide such notice in the court or tribunal where the legislation requires that it be given. Under s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2, the Tax Court “shall not” find a provision of any Act or regulation of Parliament to be unconstitutional unless notice has been served on the Attorney General of Canada and each province.

[95] The wording of the provision is clear: notice must be given. Transforming a mandatory provision into a discretionary one not only represents the judicial rewriting of unambiguous statutory language, it also contradicts the express purpose behind it, namely, ensuring that constitutional challenges get the fulsome review their significance warrants. There is virtually no prejudice to a litigant in requiring adherence to these notice provisions. On the other hand, deciding a constitutional issue in the absence of notice — and therefore the absence of parties who have exclusive control of key evidentiary facts and arguments — has serious consequences for the integrity and credibility of the outcome in constitutional cases.

[96] In this case, a litigant sought to avoid the statutory obligation to provide the required notice by advancing the excuse that seeking the benefit of s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not a constitutional argument requiring

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l’article premier, c’est un pouvoir qui ne doit être exercé qu’après que le gouvernement a vraiment eu l’occasion d’en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l’ont adoptée mais également au peuple. [par. 48]

[94] Le présent pourvoi porte sur les conséquences de l’omission — sans explication, sans le consentement des procureurs généraux qui ont droit à un avis et en l’absence de circonstances exceptionnelles — de donner un avis dans le cadre d’une instance judiciaire ou administrative alors que la loi l’exige. L’article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, prévoit que la Cour de l’impôt « ne peu[t] » conclure à l’inconstitutionnalité de quelque disposition législative ou réglementaire que si un avis a été signifié au procureur général du Canada et à celui de chacune des provinces.

[95] Le texte de la disposition est sans équivoque : un avis doit être donné. Non seulement transformer une disposition obligatoire en règle facultative équivaut à reformuler judiciairement un texte par ailleurs clair, mais cela contredit la raison d’être de l’objectif expressément recherché, à savoir faire en sorte qu’une contestation constitutionnelle fasse l’objet de l’examen minutieux que justifie son importance. Satisfaire à l’exigence de la signification d’un avis ne cause presque aucun préjudice au plaideur. Par contre, statuer sur une question constitutionnelle en l’absence d’un avis — et donc sans le concours des seules parties susceptibles de présenter des éléments de preuve et des arguments clés — compromet sérieusement l’intégrité et la crédibilité de la décision rendue dans un dossier de nature constitutionnelle.

[96] Dans la présente affaire, une partie a tenté de se soustraire à l’obligation légale de donner un avis en faisant valoir qu’invoquer l’art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’équivalait pas à soulever une question constitutionnelle — ce qui

notice since she was not seeking to strike down the applicable provision. Only in the proceedings in this Court did she decide for the first time to give notice of a constitutional question.

[97] Of the three Attorneys General who responded to the notice, two objected to the constitutional argument being raised in the absence of notice in the prior proceedings. In our view, permitting the litigant to by-pass the notice requirement in those earlier proceedings based on an argument that being entitled to the protection of s. 11 of the *Charter* was not a constitutional issue, permits a party to evade the notice requirements based on semantics. Since the purpose of notice in constitutional cases is to permit the fullest possible evidentiary record before deciding cases of such importance, allowing a party unilaterally to make an end-run around notice requirements by claiming that demonstrably constitutional arguments are not in fact constitutional arguments, rewards linguistic tactics at the expense of the public interest.

Background

[98] Julie Guindon is a lawyer practising mostly family and estate law. On September 19, 2001, she gave a legal opinion about the Global Trust Charitable Donation Program. At the time Ms. Guindon signed the opinion, she had not reviewed the documents she said she had relied on.

[99] The Program ostensibly consisted of a tax reduction scheme that involved the donation of Vacation Ownership Weeks (“VOWs”) in a timeshare. The taxpayers would donate the undervalued VOWs to a registered charity and, in return, receive charitable tax receipts in the amount of the fair market value of the VOWs. As was later discovered, the Program was a sham — no timeshare units were ever legally

exige un avis — puisque son objectif n’était pas de faire annuler la disposition en cause. Ce n’est que dans le cadre de la présente instance qu’elle a décidé de donner un premier avis d’une question constitutionnelle.

[97] Parmi les trois procureurs généraux qui ont donné suite à l’avis, deux s’opposent à ce que l’argument constitutionnel soit aujourd’hui formulé en raison de l’absence d’avis dans les instances antérieures. Selon nous, soustraire le plaideur à l’obligation de donner un avis dans les instances antérieures au motif que le fait de bénéficier ou non de la protection de l’art. 11 de la *Charte* ne constitue pas une question constitutionnelle revient à lui permettre d’échapper à l’application des règles en matière d’avis en recourant à la sémantique. L’objectif derrière l’obligation de signifier un avis d’une question constitutionnelle est d’assurer la confection d’un dossier de preuve le plus complet possible pour statuer dans une affaire aussi importante. Permettre à un plaideur de contourner unilatéralement l’exigence d’un avis en affirmant que des arguments dont on peut démontrer qu’ils sont d’ordre constitutionnel ne constituent pas en fait des arguments constitutionnels équivaut donc à récompenser une stratégie d’ordre linguistique au détriment de l’intérêt public.

Contexte

[98] Julie Guindon est avocate et exerce principalement en droit familial et en droit immobilier. Le 19 septembre 2001, elle a rédigé une opinion juridique sur le Global Trust Charitable Donation Program. Au moment de signer l’opinion, elle n’avait pas lu les documents sur lesquels elle affirmait se fonder.

[99] Le programme constituait apparemment un plan de réduction d’impôt grâce au don de semaines de vacances dans un logement à temps partagé. Les contribuables faisaient don des semaines de vacances sous-évaluées à un organisme de bienfaisance enregistré et obtenaient en contrepartie des reçus fiscaux pour dons de bienfaisance à raison de la juste valeur marchande des semaines

created and, consequently, no VOWs were actually donated to charity.

[100] The only charity to become involved in the program was Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa, a registered charity under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). Ms. Guindon was the President of this charity from 1999 to 2004. On December 31, 2001, 135 tax receipts were issued by Ms. Guindon's charity, acknowledging the ostensible donation of the VOWs. The receipts were signed by Ms. Guindon and the charity's Treasurer.

[101] The Minister of National Revenue assessed a penalty against Ms. Guindon under s. 163.2(4) of the *Income Tax Act*, which states:

(4) Every person who makes, or participates in, assents to or acquiesces in the making of, a statement to, or by or on behalf of, another person (in this subsection, subsections (5) and (6), paragraph (12)(c) and subsection (15) referred to as the "other person") that the person knows, or would reasonably be expected to know but for circumstances amounting to culpable conduct, is a false statement that could be used by or on behalf of the other person for a purpose of this Act is liable to a penalty in respect of the false statement.

[102] The Minister argued that Ms. Guindon had participated or acquiesced in, or assented to, the making of 135 tax receipts she knew, or would reasonably have been expected to have known, constituted false statements that could be used by participants to claim an unwarranted tax credit under the *Income Tax Act*.

[103] The penalty assessed against Ms. Guindon totalled \$546,747. It was calculated pursuant to s. 163.2(5), which quantifies the penalty as the greater of:

de vacances. On a découvert ultérieurement qu'il s'agissait d'une supercherie. Aucune part n'avait été légalement créée relativement aux semaines de vacances, de sorte qu'il n'y avait pas eu de dons de semaines de vacances à un organisme de bienfaisance.

[100] Enregistré sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), Les Guides Franco-Canadiennes District d'Ottawa est le seul organisme de bienfaisance à avoir participé au programme. M^{me} Guindon en a été la présidente de 1999 à 2004. Le 31 décembre 2001, l'organisme de bienfaisance de M^{me} Guindon a délivré 135 reçus fiscaux faisant état du don apparent des semaines de vacances. Les reçus étaient signés par M^{me} Guindon et par la trésorière de l'organisme de bienfaisance.

[101] La ministre du Revenu national a imposé une pénalité à M^{me} Guindon sur le fondement du par. 163.2(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont voici le libellé :

(4) La personne qui fait un énoncé à une autre personne ou qui participe, consent ou acquiesce à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, (ces autres personnes étant appelées « autre personne » au présent paragraphe, aux paragraphes (5) et (6), à l'alinéa (12)c) et au paragraphe (15)) dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il constitue un faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne, ou pour son compte, à une fin quelconque de la présente loi est passible d'une pénalité relativement au faux énoncé.

[102] La ministre soutient que M^{me} Guindon a participé, consenti ou acquiescé à la délivrance des 135 reçus dont elle savait ou aurait raisonnablement dû savoir qu'ils constituaient de faux énoncés susceptibles d'être utilisés par les participants pour obtenir indûment un crédit d'impôt en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[103] Une pénalité de 546 747 \$ a été imposée à M^{me} Guindon. Son montant a été calculé suivant le par. 163.2(5), de sorte qu'il correspondait au plus élevé des montants suivants :

(a) \$1,000, and

(b) the lesser of

- (i) the penalty to which the other person would be liable under subsection 163(2) if the other person made the statement in a return filed for the purposes of this Act and knew that the statement was false, and
- (ii) the total of \$100,000 and the person's gross compensation, at the time at which the notice of assessment of the penalty is sent to the person, in respect of the false statement that could be used by or on behalf of the other person.

Ms. Guindon's fine was based on the calculation in subpara. (b)(i), undertaken separately for each of the 135 tax receipts. Ms. Guindon appealed the assessment.

Prior Proceedings

[104] In her closing arguments before the Tax Court of Canada, Ms. Guindon raised a constitutional argument by alleging that the penalty was criminal in nature and that, as a result, her rights under s. 11 of the *Charter* had been violated. The Crown objected, noting that Ms. Guindon had not filed notice of a constitutional question as required by s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act*. Despite the lack of notice, Bédard J. undertook an analysis of s. 163.2 of the *Income Tax Act* to determine whether it was constitutionally compliant. He concluded that both because of "its very nature [as] a criminal proceeding" and because it involved a sanction that was "a true penal consequence" as described by *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 163.2 of the *Income Tax Act* attracted the protection of s. 11 of the *Charter*. However, rather than find the provision to be constitutionally invalid, he found that s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, applied. That section states:

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created

a) 1 000 \$;

b) le moins élevé des montants suivants :

- (i) la pénalité dont l'autre personne serait passible selon le paragraphe 163(2) si elle avait fait l'énoncé dans une déclaration produite pour l'application de la présente loi tout en sachant qu'il était faux,
- (ii) la somme de 100 000 \$ et de la rétribution brute de la personne, au moment où l'avis de cotisation concernant la pénalité lui est envoyé, relativement au faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne ou pour son compte.

Le montant de l'amende imposée à M^{me} Guindon a été établi en fonction du sous-al. b)(i), et ce, séparément pour chacun des 135 reçus fiscaux. M^{me} Guindon a interjeté appel de cette évaluation.

Historique judiciaire

[104] Dans son exposé final devant la Cour canadienne de l'impôt, M^{me} Guindon a fait valoir un argument constitutionnel selon lequel la pénalité relevait du droit pénal ou criminel, de sorte qu'il y avait eu atteinte aux droits que lui garantit l'art. 11 de la *Charte*. Sa Majesté a formulé une objection au motif que M^{me} Guindon n'avait pas déposé un avis de question constitutionnelle comme l'exige l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*. Malgré cette omission, le juge Bédard a entrepris d'analyser l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour décider s'il était conforme ou non à la Constitution. Il conclut — parce que la procédure qui en découle est « de par sa nature [même] une procédure criminelle » et la sanction qu'il prévoit est « une véritable conséquence pénale » au sens de l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541 — que l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* emporte la protection de l'art. 11 de la *Charte*. Or, il ne conclut pas à l'inconstitutionnalité de la disposition, mais bien à l'application du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui dispose :

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes

by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

As a result, he held that prosecutions under the *Income Tax Act* were to take place in provincial court and in accordance with the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[105] His alternative conclusion was that if he was wrong and the proceedings under s. 163.2 were civil, not criminal in nature, Ms. Guindon would have been found to be in breach of the provision.

[106] On appeal, Stratas J.A., writing for a unanimous court, overturned the decision. He began by finding that the Tax Court lacked jurisdiction to address the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* since no notice of a constitutional question had been served. Section 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* requires that notice be served on the federal and provincial Attorneys General before a provision can be judged to be invalid, inapplicable or inoperable. Because no notice was served, Stratas J.A. concluded that the Tax Court was prohibited from entertaining the question of whether s. 163.2 of the *Income Tax Act* created an offence for the purposes of s. 11 of the *Charter*.

[107] Stratas J.A. rejected the argument that, by operation of s. 34(2) of the *Interpretation Act*, s. 11 of the *Charter* would apply to s. 163.2 of the *Income Tax Act* without undermining its validity, applicability or operability. Instead, he concluded that the *Income Tax Act* provided specific administrative procedures to be followed in the assessment — and any subsequent appeal — of the penalty. As a result s. 34(2) could not operate to import the procedures of the *Criminal Code* into s. 163.2 because the *Income Tax Act* provided otherwise. He concluded that since Ms. Guindon was effectively using the

criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

En conséquence, les poursuites fondées sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* devaient selon lui être intentées en cour provinciale et se dérouler conformément aux dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[105] Le juge conclut subsidiairement que, s'il a tort et que l'instance engagée en application de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de nature administrative, et non criminelle, M^{me} Guindon a effectivement enfreint la disposition.

[106] Dans un jugement unanime de la Cour d'appel fédérale, le juge Stratas infirme la décision. Il conclut d'abord que la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* car aucun avis portant sur une question constitutionnelle n'avait été signifié. L'article 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* exige qu'un avis soit signifié au procureur général du Canada et à celui de chacune des provinces pour qu'une disposition puisse être déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Comme aucun avis n'avait été signifié, la Cour de l'impôt n'était pas habilitée à examiner la question de savoir si l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créait une infraction pour les besoins de l'art. 11 de la *Charte*.

[107] Le juge Stratas rejette l'argument selon lequel, par application du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, l'art. 11 de la *Charte* s'applique à l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sans compromettre sa validité, son applicabilité ou son effet. Il conclut plutôt que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la procédure administrative à suivre dans le cadre de l'établissement — et de tout appel subséquent — de la pénalité. Le paragraphe 34(2) ne peut donc pas s'appliquer de manière à emprunter la procédure du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 163.2, car la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Interpretation Act in support of the argument that s. 163.2 should be found invalid, inapplicable or inoperative, a notice of constitutional question had to have been served. His words bear repeating:

Ms. Guindon was obligated to serve [a notice of constitutional question] on the federal and provincial attorneys general if she sought a finding that a section of the Act was invalid, inoperative or inapplicable . . .

In substance, Ms. Guindon sought that very thing in the Tax Court and seeks that very thing here.

She contends that section 11 of the Charter applies to penalty proceedings under section 163.2 of the Act. If her contention is accepted, section 11 of the Charter renders the scheme of section 163.2 and related procedural sections invalid, inoperative or inapplicable. Section 11 of the Charter requires that a penalty can only be imposed until after charges are laid and a fair trial is conducted before an independent and impartial tribunal. Section 163.2 and related procedural sections do something quite different: under them, a person can be assessed a penalty and the assessment is binding unless it is varied or overturned by way of reconsideration or in an appeal to the Tax Court. Only in the Tax Court, after liability has been found, is there something akin to an independent and impartial trial of the matter.

In her memorandum of fact and law filed in this Court, Ms. Guindon submitted that, once section 163.2 of the *Income Tax Act* is regarded as an offence provision, subsection 34(2) of the *Interpretation Act* . . . kicks in. That subsection requires that *Criminal Code* procedures be followed instead of *Income Tax Act* procedures. In her view, then, finding section 163.2 is an offence under section 11 of the Charter does not make any procedures in the *Income Tax Act* invalid, inoperative, or inapplicable.

I disagree. This submission overlooks the language of subsection 34(2), which imposes the procedures of the *Criminal Code* to any offence, “except to the extent that [another] enactment otherwise provides.” The *Income*

comporte une disposition contraire. Selon le juge Stratas, puisque M^{me} Guindon invoque la *Loi d’interprétation* pour obtenir que l’art. 163.2 soit déclaré invalide, inapplicable ou sans effet, un avis de question constitutionnelle aurait dû être signifié. Voici ce qu’il dit :

[M^{me}] Guindon était tenue de signifier un [. . .] avis [de question constitutionnelle] au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces si elle cherchait à obtenir une déclaration d’invalidité, d’inapplicabilité ou d’absence d’effet d’un article de la Loi . . .

[M^{me}] Guindon cherchait essentiellement à obtenir une telle déclaration devant la Cour de l’impôt, tout comme elle le fait maintenant devant notre Cour.

[M^{me}] Guindon soutient que l’article 11 de la Charte s’applique aux procédures liées à une pénalité qui découlent de l’article 163.2 de la Loi. Si cette prétention était retenue, l’article 11 de la Charte rendrait invalides, inapplicables ou sans effet l’article 163.2 et des articles de nature procédurale connexes. Selon l’article 11, une [sanction] ne peut être imposée qu’après que des accusations ont été portées et qu’un procès équitable s’est déroulé devant un tribunal indépendant et impartial. L’article 163.2 et les articles de nature procédurale connexes prévoient de manière très différente qu’on peut imposer une pénalité à un contribuable au moyen d’une cotisation qui le lie à moins qu’elle ne soit modifiée ou annulée lors d’un nouvel examen ou d’un appel interjeté devant la Cour de l’impôt. Ce n’est que devant la Cour de l’impôt, après qu’on a conclu qu’il y a une obligation fiscale, que se déroule ce qui ressemble à un procès indépendant et impartial.

Dans son mémoire des faits et du droit déposé devant notre Cour, [M^{me}] Guindon a soutenu qu’une fois l’article 163.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* considéré comme étant une disposition créant une infraction, le paragraphe 34(2) de la *Loi d’interprétation* [. . .] devait recevoir application. Il découlerait de ce paragraphe l’obligation de se conformer aux procédures prévues au *Code criminel* plutôt qu’à la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Ainsi, selon [M^{me}] Guindon, conclure que l’article 163.2 établit une infraction au sens de l’article 11 de la Charte ne rend aucune procédure de la *Loi de l’impôt sur le revenu* invalide, inapplicable ou sans effet.

Je ne suis pas d’accord. Pour retenir cette prétention, il faut faire abstraction du libellé même du paragraphe 34(2), qui impose d’appliquer les procédures prévues au *Code criminel* à l’égard de l’infraction, « [s]auf

Tax Act otherwise provides. It provides for the assessment of a penalty under section 163.2, a reconsideration procedure and an appeal to the Tax Court.

Therefore, I conclude that in these circumstances, Ms. Guindon was seeking the invalidity, inoperability or inapplicability of sections of the *Income Tax Act*. A notice of constitutional question had to be served.

The failure to serve a notice of constitutional question took away the Tax Court's jurisdiction to consider whether section 163.2 of the Act creates a criminal offence, triggering Ms. Guindon's section 11 rights. [Citations omitted; paras. 22-28.]

[108] In the event that his conclusion that notice was required was found not to be legally justified, Stratas J.A. went on to consider the merits. He concluded that s. 163.2 of the *Income Tax Act* did not run afoul of either branch of the two-pronged test developed in *Wigglesworth*. First, he found that the penalty was intended to encourage compliance within an administrative scheme, as opposed to redressing a wrong done to society. It was not, as a result, "by its very nature" criminal. Nor did it meet the second prong of the test since it did not amount to a true penal consequence. Substantial monetary penalties may be imposed to deter conduct that undermines the administrative scheme and policy, but that does not make them "penal". And, significantly, the term "culpable conduct" has a defined meaning in the *Income Tax Act* that does not import the notion of "guilt" or of criminal conduct.

[109] For the reasons that follow, in our view, Ms. Guindon's failure to provide the requisite notice in the Tax Court should result in this Court refusing to entertain her constitutional argument.

Analysis

[110] This appeal raises the question of whether the failure to provide notice of a constitutional question before the Tax Court of Canada, as required

disposition contraire du texte créant l'infraction ». La *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose le contraire, soit l'établissement d'une pénalité en vertu de l'article 163.2, une procédure de nouvel examen et un appel auprès de la Cour de l'impôt.

Je conclus donc que, dans les circonstances, [M^{me}] Guindon voulait obtenir une déclaration d'invalidité, d'inapplicabilité ou d'absence d'effet de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Un avis de question constitutionnelle devait être signifié.

Le défaut de signification a privé la Cour de l'impôt de toute compétence pour examiner la question de savoir si l'article 163.2 de la Loi créait une infraction pénale, ce qui aurait déclenché à l'égard de [M^{me}] Guindon l'application des droits garantis par l'article 11. [Références omises; par. 22-28.]

[108] Dans l'éventualité où sa conclusion sur l'obligation de donner un avis ne serait pas jugée fondée en droit, le juge Stratas examine la question au fond. Il conclut que l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne satisfait ni à l'un ni à l'autre des deux volets du critère de l'arrêt *Wigglesworth*. Premièrement, la pénalité visait à favoriser le respect d'un régime administratif, non à réparer un tort causé à la société. Elle ne constituait donc pas, « de par sa nature même », une sanction criminelle. Deuxièmement, la pénalité imposée n'équivalait pas non plus à une véritable conséquence pénale. Une sanction pécuniaire substantielle peut être imposée pour décourager une conduite préjudiciable au régime administratif, mais il ne s'agit pas d'une sanction « pénale » pour autant. Et, fait important, l'expression « conduite coupable » que définit la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'introduit ni la notion de « culpabilité », ni celle de criminalité.

[109] Pour les motifs qui suivent, nous estimons que l'omission de M^{me} Guindon de signifier l'avis requis en Cour de l'impôt justifie notre Cour de refuser d'examiner son argument d'ordre constitutionnel.

Analyse

[110] Notre Cour doit décider si l'omission de signifier un avis d'une question constitutionnelle en Cour de l'impôt, malgré le par. 19.2(1) de la *Loi*

by s. 19.2(1) of the *Tax Court of Canada Act*, should prevent this Court from considering whether s. 163.2 of the *Income Tax Act* violates s. 11 of the *Charter*. Section 19.2(1) states:

If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or its regulations is in question before the Court, the Act or regulations shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

[111] As this Court explained in *Eaton*, provisions that require litigants to file notice of a constitutional question serve two central purposes: extending a full opportunity to governments to defend their legislation and ensuring that an evidentiary record that is the result of thorough examination is before the court (para. 48).

[112] Notice provisions play a particularly crucial role in *Charter* litigation, where, if an applicant successfully establishes a violation of an enumerated right, the burden shifts to the government to demonstrate on a balance of probabilities that the legislation in question is justified under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 inquiry is fact-based. It turns on whether evidence adduced by the government demonstrates that the legislation has a pressing and substantial objective that is being pursued in a manner that is rational, minimally impairing of the affected right, and proportionate.

[113] Notice provisions therefore protect the public interest by giving Attorneys General an opportunity to present evidence so that a court can assess the constitutionality of the law fully and fairly. By-passing this crucial evidentiary step in a first instance forum where the evidence can be properly tested and challenged erodes not only the credibility of the outcome, but also public confidence that *Charter* compliance will be robustly reviewed.

sur la *Cour canadienne de l'impôt*, l'empêche de décider si l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* porte atteinte ou non aux droits garantis par l'art. 11 de la *Charte*. Voici le texte du par. 19.2(1) :

Les lois fédérales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, que si le procureur général du Canada et ceux des provinces ont été avisés conformément au paragraphe (2).

[111] Dans l'arrêt *Eaton*, notre Cour explique que la disposition qui exige d'un plaideur qu'il dépose un avis de question constitutionnelle a deux objectifs principaux : donner aux gouvernements une occasion véritable de défendre la validité de leurs lois et faire en sorte que le tribunal dispose d'un dossier de preuve complet qui résulte d'un examen en profondeur (par. 48).

[112] L'exigence législative d'un avis joue un rôle particulièrement vital dans une affaire relative à la *Charte*, car si le plaideur établit l'atteinte à un des droits énumérés, il appartient alors à l'État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition en cause est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'analyse que commande l'article premier est factuelle. Il s'agit alors de savoir si les éléments avancés par l'État prouvent que la disposition découle d'un objectif urgent et réel qui est appliqué de manière rationnelle, la moins attentatoire possible au droit invoqué et proportionnée.

[113] L'exigence législative d'un avis protège l'intérêt public en permettant aux procureurs généraux de présenter des éléments de preuve afin que le tribunal puisse examiner la constitutionnalité de la disposition de manière complète et équitable. Contourner cette étape cruciale sur le plan de la preuve en première instance, lorsque les éléments offerts peuvent être dûment vérifiés et contestés, compromet non seulement la crédibilité de la décision, mais aussi la confiance des citoyens dans le contrôle constitutionnel rigoureux des lois.

[114] Notice is essential not just for the Attorney General whose legislation is being challenged, but also for the other Attorneys General whose legislation may be incidentally affected by the outcome of the case and who, as a result, may wish to intervene: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 49. The provision being challenged in this appeal, for example, creates an administrative monetary penalty that is assessed against individuals who fail to comply with a regulatory provision in the *Income Tax Act*. Every province has regulatory schemes that rely on similar administrative monetary penalties, and a finding that the impugned provision is unconstitutional because it fails to provide the procedural rights set out in s. 11 of the *Charter* may have ramifications for a number of these schemes. That is why it was essential in this case that the Attorneys General of these provinces be afforded the earliest opportunity to adduce their own evidence, test and rebut other evidence, and make submissions in respect of the constitutional question at issue.

[115] Notice provisions also ensure that appellate courts have the benefit of a full and rigorously tested evidentiary record. As this Court acknowledged in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101:

The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. . . . This division of labour is basic to our court system. The first instance judge determines the facts; appeal courts review the decision for correctness in law or palpable and overriding error in fact. [para. 49]

[116] The importance of a full evidentiary record when resolving constitutional questions was considered in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361, where Cory J. emphasized that “*Charter* decisions should not and must not be made in a

[114] L’avis s’impose vis-à-vis non seulement du procureur général du ressort dont la disposition législative est contestée, mais aussi des procureurs généraux des autres ressorts dont les dispositions législatives peuvent être touchées de manière incidente par l’issue de l’affaire et qui, de ce fait, peuvent souhaiter intervenir (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 49). À titre d’exemple, la disposition contestée en l’espèce crée une sanction pécuniaire administrative que l’on impose au particulier qui omet d’observer une disposition de nature réglementaire de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Chaque province s’est dotée d’un régime de réglementation qui prévoit des sanctions pécuniaires administratives semblables, de sorte qu’une conclusion selon laquelle la disposition attaquée est inconstitutionnelle parce qu’elle n’offre pas les garanties procédurales énoncées à l’art. 11 de la *Charte* peut avoir des répercussions sur un certain nombre de ces régimes. Il était donc essentiel, dans la présente affaire, que ces procureurs généraux se voient accorder au plus tôt la possibilité de présenter leurs propres éléments de preuve, de vérifier et de contester ceux des autres parties et de soumettre leurs points de vue sur la question constitutionnelle soulevée.

[115] L’exigence législative d’un avis garantit aussi que la cour d’appel statuera à partir d’un dossier de preuve complet et rigoureusement vérifié. Rappelons les propos de la Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 :

Il [le juge du procès] lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. [. . .] Ce partage des tâches est fondamental dans notre système de justice. Le juge du procès se prononce sur les faits, puis les juridictions d’appel contrôlent sa décision pour déterminer si elle est fondée en droit ou si elle est entachée d’une erreur de fait manifeste ou dominante. [par. 49]

[116] Dans l’arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, notre Cour se penche sur l’importance d’un dossier de preuve complet pour trancher une question constitutionnelle. Le juge Cory souligne que « [l]es décisions relatives à la *Charte*

factual vacuum.” And Dickson J. in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, writing for a unanimous Court, declined to resolve a constitutional question relating to the Canada Labour Relations Board’s jurisdiction, because the challenge had not been made first at the Board and the record accordingly failed to establish the facts necessary to reach a conclusion on the constitutional issue: pp. 139-41.

[117] The central role notice provisions play in our constitutional democracy is reflected in the fact that every province and territory has a law requiring that notice of a constitutional question be served on the provincial Attorneys General, and, at times, also requiring that the Attorney General of Canada be served: *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24(1); *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8; *The Constitutional Questions Act*, C.C.S.M., c. C180, s. 7(2); *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 22(3); *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, s. 57(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, s. 10(2); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109; *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, s. 49(1); *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, art. 95; *The Constitutional Questions Act*, 2012, S.S. 2012, c. C-29.01, s. 13; *Judicature Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 59(2); *Judicature Act*, S.N.W.T. (Nu.) 1998, c. 34, s. 58(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.Y. 2002, c. 39, s. 2(1). There is also a similar notice provision in the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 57(1).

[118] The weight of judicial authority interpreting these provisions is to treat them as mandatory. In *Bekker v. Minister of National Revenue* (2004), 323 N.R. 195 (F.C.A.), the issue was the application of s. 57 of the *Federal Courts Act*, which substantively mirrors s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* and states:

ne doivent pas être rendues dans un vide factuel » (p. 361). Dans l’arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, le juge Dickson, au nom des juges unanimes de la Cour, refuse de trancher une question constitutionnelle relative à la compétence du Conseil canadien des relations du travail parce que la question n’a pas d’abord été soulevée devant le Conseil et que le dossier n’établit donc pas les faits nécessaires pour statuer (p. 139-141).

[117] Dans notre démocratie constitutionnelle, le rôle capital de l’avis se traduit par l’existence, dans chacune des provinces et dans chacun des territoires, d’une disposition exigeant qu’un avis de question constitutionnelle soit signifié aux procureurs généraux des provinces et des territoires et, parfois, au procureur général du Canada (*Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, par. 24(1); *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, art. 8; *Loi sur les questions constitutionnelles*, C.P.L.M., c. C180, par. 7(2); *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, c. J-2, par. 22(3); *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, par. 57(1); *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, par. 10(2); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 109; *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. J-2.1, par. 49(1); *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 95; *Loi de 2012 sur les questions constitutionnelles*, L.S. 2012, c. C-29.01, art. 13; *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, par. 59(2); *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, c. 34, par. 58(1); *Loi sur les questions constitutionnelles*, L.R.Y. 2002, c. 39, par. 2(1)). La *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par. 57(1), comporte une disposition au même effet.

[118] Il appert des décisions judiciaires dans lesquelles de telles dispositions ont été interprétées qu’il faut y voir un effet obligatoire. Dans l’arrêt *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186, la Cour d’appel fédérale s’est penchée sur l’art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, dont la teneur est essentiellement la même que celle de l’art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*. En voici le libellé :

57. (1) If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of a province, or of regulations made under such an Act, is in question before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province

Létourneau J.A. confirmed that the court would

not entertain a constitutional challenge in the absence of a Notice being served . . . Notice must be given in every case in which the constitutional validity or applicability of a law is brought in question . . . including proceedings before the Tax Court . . . [para. 8]

See also *B.C.T.F. v. British Columbia (Attorney General)* (2009), 94 B.C.L.R. (4th) 267 (S.C.), at para. 41; *Paluska v. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469 (C.A.), at para. 24; *Maurice v. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894 (C.A.), at p. 898; *R. v. Nome* (2010), 362 Sask. R. 241 (C.A.), at para. 40; *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 N.B.R. (2d) 383 (C.A.), at para. 5.

[119] The wording and purpose of s. 19.2(1) of the *Tax Court of Canada Act* align with these statutory provisions. It explicitly states that the court *shall not* adjudge a law to be invalid, inapplicable or inoperative unless the notice requirements are satisfied. There is no ambiguity in the text of the provision.

[120] This brings us to the effect of a failure to comply with a mandatory notice provision at the court or tribunal where it is required. *Eaton* remains the only case in which this Court has explicitly and fully considered the policy and evidentiary consequences of the failure to give the requisite notice of a constitutional issue. With the exception of cases where *de facto* notice was given or the Attorneys General consent to proceed in the absence of notice (*Eaton*, at para. 54), the Court concluded that such notice provisions were “mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale ou un office fédéral, sauf s’il s’agit d’un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n’aient été avisés

Le juge Létourneau confirme que la Cour d’appel

n’examinera pas une question de nature constitutionnelle sans qu’un avis ait été signifié [. . .] [et que] l’avis doit être donné dans tous les cas où la validité constitutionnelle ou l’applicabilité d’une loi est remise en question [. . .] notamment dans une instance portée devant la Cour de l’impôt . . . [par. 8]

Voir également *B.C.T.F. c. British Columbia (Attorney General)* (2009), 94 B.C.L.R. (4th) 267 (C.S.), par. 41; *Paluska c. Cava* (2002), 59 O.R. (3d) 469 (C.A.), par. 24; *Maurice c. Crédit Trans Canada Ltée*, [1996] R.J.Q. 894 (C.A.), p. 898; *R. c. Nome* (2010), 362 Sask. R. 241 (C.A.), par. 40; *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* (1992), 127 R.N.-B. (2^e) 383 (C.A.), par. 5.

[119] Le libellé et l’objet du par. 19.2(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* s’apparentent à ceux de ces dispositions législatives. Le paragraphe prévoit expressément que des lois fédérales *ne peuvent* être déclarées invalides, inapplicables ou sans effet que s’il a été satisfait à l’exigence d’un avis. Le texte est sans équivoque.

[120] Passons maintenant à l’effet de l’inobservation d’une disposition qui rend obligatoire la signification d’un avis devant une cour de justice ou un tribunal administratif. L’arrêt *Eaton* demeure le seul arrêt dans lequel la Cour examine de manière explicite et approfondie les conséquences sur le plan de la politique générale et de la preuve de l’omission de donner l’avis de question constitutionnelle requis. Sauf les cas dans lesquels l’avis a été donné *de facto* ou les procureurs généraux ont consenti à l’examen de la question malgré l’absence d’avis (*Eaton*, par. 54), la Cour estime que

absence”: para. 53. There was, the Court held, no need to show actual prejudice since Sopinka J. concluded that the “absence of notice is in itself prejudicial to the public interest”: *Eaton*, at para. 53. Prejudice is assumed from the failure to give notice since it means that a party entitled to make representations has been denied the opportunity to do so. In other words, the issue is not whether a party can establish *actual* prejudice; prejudice to the public is presumed from the failure to have full *Charter* scrutiny when it is first required. That is why a lack of notice is not merely a technical defect: *Eaton*, at para. 55. As the Federal Court of Appeal noted in *Bekker*, “[s]uch Notice is not a mere formality or technicality that can be ignored or that the Court can relieve a party of the obligation to comply with”: para. 8.

[121] This position was also adopted by Rothstein J.A. in *Gitxsan Treaty Society v. Hospital Employees’ Union*, [2000] 1 F.C. 135, at para. 10, where he concluded that the requirement to give notice under s. 57(1) of the *Federal Courts Act* is “mandatory” and that “the presence or absence of prejudice is irrelevant”. Most appellate courts have followed this approach: see e.g. *Paluska*, at paras. 21-24; *Mercier v. Canada (Correctional Service)*, [2012] 1 F.C.R. 72 (C.A.); *Nome*; *R. v. Lord* (2011), 307 B.C.A.C. 285, at para. 27; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2004] 2 F.C.R. 108 (C.A.) (“*Misquadis*”), at para. 50.

[122] Given that the notice provision is mandatory in the Tax Court, we agree with Stratas J.A. that the Tax Court judge was not entitled to deal with the constitutional issue without notice. This Court, however, has the discretion to entertain new issues: *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Quan v. Cusson*, [2009] 3 S.C.R. 712. The issue in this case, therefore, is how that discretion should be exercised when the new issue raised is a constitutional one which was subject to a mandatory notice requirement in the court or tribunal of first instance. The

la disposition en cause « impose une obligation » et que « l’omission de donner l’avis invalide une décision rendue en son absence » (*Eaton*, par. 53). Elle ajoute qu’il n’est pas nécessaire de prouver l’existence d’un préjudice puisque, conclut le juge Sopinka, « l’absence d’avis est préjudiciable en soi à l’intérêt public » (*Eaton*, par. 53). L’omission de donner l’avis fait présumer le préjudice car elle empêche une partie qui y a droit de faire valoir son point de vue. Autrement dit, l’existence du préjudice n’est pas en cause; le préjudice subi par le public est présumé puisqu’un examen approfondi des dispositions au regard de la *Charte* n’a pas eu lieu alors qu’il s’imposait dans l’instance antérieure. C’est la raison pour laquelle l’absence d’avis ne constitue pas seulement un vice de forme (*Eaton*, par. 55). Comme le relève la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Bekker*, « [c]et avis n’est pas qu’une simple formalité ou technicalité que la Cour peut ignorer ou à l’égard de laquelle elle peut accorder une dispense » (par. 8).

[121] Le juge Rothstein en convient également dans l’arrêt *Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees’ Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.), par. 10, où il conclut qu’il « existe une obligation » de donner un avis en conformité avec le par. 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que « la présence ou l’absence de préjudice n’est pas un facteur pertinent ». La plupart des juridictions d’appel adhèrent à cette approche (voir p. ex. *Paluska*, par. 21-24; *Mercier c. Canada (Service correctionnel)*, [2012] 1 R.C.F. 72 (C.A.); *Nome*; *R. c. Lord* (2011), 307 B.C.A.C. 285, par. 27; *Première nation algonquienne d’Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.) (« *Misquadis* », par. 50).

[122] Vu le caractère obligatoire de la disposition exigeant un avis en Cour de l’impôt, nous convenons avec le juge Stratas que, faute d’avis, le juge de première instance n’avait pas compétence pour entreprendre l’étude de la question constitutionnelle. La Cour a toutefois un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’entendre de nouvelles questions (*R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Quan c. Cusson*, [2009] 3 R.C.S. 712). Il s’agit donc en l’espèce de déterminer comment ce pouvoir doit être exercé lorsque la nouvelle question soulevée

existence of such a notice requirement argues for the discretion being a very narrow one which should only sparingly be exercised to avoid the practice and perception that such mandatory provisions can be circumvented by raising constitutional arguments as new issues and giving notice for the first time in this Court.

[123] In *Eaton*, this Court declined to hear the constitutional issue where the required notice had not been given in previous proceedings. In our view, this should be the operative presumption. There is no suggestion in any subsequent decision of this Court that the notice issue was wrongly decided in *Eaton*. As a result, as *Eaton* directs, the mandatory language of s. 19.2 and its underlying policy rationales support the conclusion that this Court should not, absent exceptional circumstances, adjudicate the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act* in the absence of notice in the Tax Court.

[124] The failure to notify Attorneys General in the forum where notice is required and doing so only for the first time in *this* Court undermines the purposes underlying the notice provisions. Most significantly, it undermines public confidence because it extinguishes the legislative assurances that this Court will have the benefit of a complete and tested record when scrutinizing the constitutionality of legislation.

[125] If this Court arrogates to itself a broad authority to retroactively remedy a failure to give notice in the Tax Court where it is required, the mandatory character of s. 19.2 is eroded. Not only does this send the message that compliance with mandatory notice provisions is merely optional, it also has the effect of making them essentially discretionary. This would contradict Rothstein J.A.'s admonition that courts "cannot deal with constitutional arguments raised in a random and

est de nature constitutionnelle et qu'elle exige la signification d'un avis en première instance. L'exigence d'un avis appuie la thèse de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire très limité que la Cour doit exercer avec circonspection afin d'éviter que ne se généralise le contournement de dispositions obligatoires — ou l'impression que l'on peut les contourner — par la formulation d'arguments constitutionnels qualifiés de questions nouvelles et la signification d'un premier avis devant la Cour.

[123] Dans l'arrêt *Eaton*, la Cour refuse d'entreprendre l'étude de la question constitutionnelle parce que l'avis requis n'a pas été donné dans les instances antérieures. À notre avis, telle est la présomption qui doit s'appliquer. Aucun autre arrêt ultérieur de la Cour ne permet de conclure que la question de l'avis a fait l'objet d'une décision erronée dans *Eaton*. Partant, comme le prescrit cet arrêt, le libellé impératif de l'art. 19.2 et les considérations de politique générale qui le sous-tendent appuient la conclusion selon laquelle, sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne doit pas se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en l'absence d'un avis en Cour de l'impôt.

[124] Le fait de ne pas avoir signifié un avis aux procureurs généraux devant la juridiction qui l'exigeait et d'en avoir signifié un pour la première fois devant *notre* Cour porte atteinte à la raison d'être des dispositions en cause. Mais surtout, il en résulte une brèche dans la confiance du public puisqu'il y a anéantissement des garanties légales censées faire en sorte que la Cour dispose d'un dossier de preuve complet et vérifié pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives.

[125] Si la Cour s'attribuait un large pouvoir de remédier rétroactivement à l'omission de donner l'avis requis en Cour de l'impôt, le caractère obligatoire de l'art. 19.2 serait affaibli. Ce serait non seulement transmettre le message que l'observation des dispositions exigeant l'avis est purement facultative, mais aussi conférer à cette obligation un caractère essentiellement optionnel. Cela irait à l'encontre de la mise en garde du juge Rothstein selon laquelle les tribunaux « ne peu[vent] statuer

unstructured manner. The legislation creates procedures which must be followed by a party attacking the constitutionality of a statute”: *Misquadis*, at para. 50.

[126] Given the wording of s. 19.2, it is difficult to see how Parliament could have telegraphed its intent that the provision be treated as mandatory in more unequivocal terms. As LeBel J. observed in *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 376, at para. 33, “[a]lthough statutes may be interpreted purposively, the interpretation must nevertheless be consistent with the words chosen by Parliament”. Here, both the purpose and the wording of the provision trumpet that notice is mandatory. To nonetheless read in a broad discretion for this Court to ignore the failure to give notice in prior proceedings amounts to judicial redrafting in the face of an unambiguous statutory provision. With respect, such an approach has an unfortunate resonance with the history of the interpretive acrobatics used to avoid the effect of privative clauses by “brand[ing] as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233. It also imposes an insurmountable drafting obstacle for governments who would otherwise be inclined to seek to rectify the uncertainty created by this interpretive reformulation, since it is difficult to conceive of how they could provide a clearer statutory direction than they already have.

[127] The fact that the Chief Justice may have stated a constitutional question in this Court at the request of Ms. Guindon, does not disturb this conclusion. A motion to state a constitutional question before this Court is almost always granted where requested. It was never intended to replace or by-pass mandatory notice provisions in other statutes. In *Eaton*, for example, Lamer C.J. certified the constitutional questions that were raised by the appellants in that case. But in deciding not to

sur des arguments constitutionnels soulevés d’une manière improvisée et non structurée. Les textes législatifs énoncent des procédures qui doivent être observées par la partie qui conteste la constitutionnalité d’une loi » (*Misquadis*, par. 50).

[126] En raison du libellé de l’art. 19.2, on peut difficilement concevoir que le législateur exprime de manière plus claire sa volonté de faire en sorte que la disposition soit tenue pour obligatoire. Dans *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, [2012] 2 R.C.S. 376, par. 33, le juge LeBel fait observer que « [m]ême si les lois peuvent être interprétées de manière téléologique, leur interprétation doit néanmoins respecter les mots choisis par le législateur. » Dans le cas qui nous occupe, tant l’objet que le libellé de la disposition affirment le caractère obligatoire de l’avis. Recourir à l’interprétation large pour y voir un pouvoir discrétionnaire permettant à la Cour de ne pas tenir compte de l’absence d’avis dans les instances antérieures revient à reformuler la disposition alors qu’elle est parfaitement claire. Soit dit en tout respect, une telle approche s’apparente malheureusement aux contorsions qui, par le passé, ont servi à se soustraire à l’effet d’une clause d’inattaquabilité en « qualifi[ant] [. . .] un point de question de compétence, et [en l’assujettissant ainsi] à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233). Elle créerait, sur le plan de la rédaction législative, un obstacle insurmontable pour le législateur qui, sinon, serait tenté de clarifier sa disposition ainsi reformulée, car on peut difficilement concevoir qu’il rédige une disposition dont le libellé est plus clair qu’il ne l’est déjà.

[127] La formulation d’une question constitutionnelle par la Juge en chef à la demande de M^{me} Guindon ne modifie en rien cette conclusion. La Cour fait presque toujours droit à une demande en ce sens. Elle ne le fait jamais dans le but de se substituer aux dispositions impératives d’une loi, ni afin de contourner celles-ci. À titre d’exemple, dans *Eaton*, le juge en chef Lamer avait certifié les questions constitutionnelles soulevées par les appelants. Lorsqu’il décide de ne pas les examiner parce

address them because of the absence of notice in the court where it was first required, Sopinka J. confirmed that, “[t]he order stating constitutional questions did not purport to resolve the question as to whether the decision of the Court of Appeal to raise them was valid in the absence of notice or whether this Court would entertain them”: para. 47. Moreover, he noted, “[t]he fact that constitutional questions are stated does not oblige the Court to deal with them”: para. 47.

[128] While this is not a jurisdictional issue, permitting the artifice of notice at this Court to replace notice in the forum from which an appeal is taken would, in effect, permit parties to do an “end run” around these mandatory notice provisions. Such an approach would have the effect of replacing *Eaton*’s presumption of prejudice with an assumption of no prejudice if notice is given eventually in this Court. The harmful effect of the absence of notice on a court’s ability to provide rigorous and credible scrutiny of constitutional challenges is no less significant at this Court than in other adjudicative forums.

[129] The approach taken in *Eaton* was confirmed in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, decided around the same time. In that case, Lamer C.J. declined to answer the constitutional questions because the complainants failed to raise the constitutionality of the impugned provisions at trial. He concluded that it was not appropriate for the superior court judge to proceed on his own initiative, without the benefit of submissions and without giving the required notice to the Attorney General of the province, to consider their constitutionality, let alone make declarations of invalidity: paras. 263-64.

[130] The mandatory wording of the statute and the policy reasons underlying notice provisions therefore lead us to the conclusion that, in addition to the two exceptions set out in *Eaton* — *de facto* notice and the consent of the Attorneys General —

qu’un avis n’a pas été signifié devant le premier tribunal qui l’exigeait, le juge Sopinka confirme que « [l’]ordonnance formulant les questions constitutionnelles ne visait pas à déterminer si la décision de la Cour d’appel de les soulever était valide en l’absence d’avis ou si notre Cour les examinerait » (par. 47). Il ajoute que « [l]e fait que des questions constitutionnelles soient formulées n’oblige pas la Cour à les examiner » (par. 47).

[128] Même si nous n’avons pas à statuer en matière de compétence, permettre le stratagème qui consiste à substituer l’avis devant notre Cour à celui requis par le tribunal dont la décision est portée en appel reviendrait en fait à permettre au plaideur de passer outre aux dispositions obligatoires en cause. Ce serait aussi écarter la présomption de préjudice reconnue dans *Eaton* au bénéfice d’un postulat d’absence de préjudice lorsqu’un avis est finalement signifié une fois le débat entrepris devant notre Cour. L’effet préjudiciable de l’absence d’avis sur la possibilité, pour le tribunal, de se livrer à une analyse rigoureuse et crédible des questions constitutionnelles n’est pas moins grand devant notre Cour que devant les autres juridictions.

[129] La démarche suivie dans *Eaton* est confirmée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, un arrêt rendu à peu près au même moment. Dans ce dossier, le juge en chef Lamer refuse de répondre aux questions constitutionnelles parce que les plaignants n’ont pas soulevé la question de la constitutionnalité des dispositions en cause au procès. Il conclut qu’il ne convenait pas que le juge de la cour supérieure, sans avoir entendu d’arguments et sans que l’avis requis ait été donné au procureur général de la province, décide, de sa propre initiative, d’examiner la constitutionnalité de ces dispositions, encore moins qu’il les déclare inopérantes (par. 263-264).

[130] Les termes impératifs employés dans la loi et les raisons de principe qui sous-tendent les dispositions sur l’avis nous amènent donc à conclure que, outre les deux exceptions reconnues dans *Eaton* — l’avis *de facto* et le consentement des

absent exceptional circumstances, this Court should not entertain a constitutional argument where notice was not properly provided in the court or tribunal of first instance. Exceptional circumstances include those where the constitutional issue has an overwhelming urgency or public importance that justifies hearing it in this Court, or where the party bringing the constitutional challenge had little choice but to raise it for the first time in this Court. This, in our view, is the approach that best aligns with the principles set out in *Eaton*, the language of s. 19.2 and the basic purposes of mandatory notice provisions.

[131] There is no danger that an approach that gives effect to the plain language of s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* will irremediably block otherwise meritorious constitutional challenges. Trial courts can always adjourn the proceedings in order to allow the required notice to be served: see e.g. *Paluska*, at para. 27; *Nome*, at para. 37. Appellate courts can also, if they deem it advisable, remand a constitutional challenge improperly raised before them: see e.g. *Morine v. Parker (L & J) Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.), at para. 58. And of course, this Court, where it is of the view that the circumstances require it, can preferably remand the case back to the original court or tribunal where the necessary notice can be given and a full evidentiary record created: s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

[132] In support of their argument that this Court should have a broader discretion to hear constitutional issues in the absence of the required notice at the court or tribunal of first instance, our colleagues cite four cases decided after *Eaton* where this Court has entertained new constitutional issues on appeal: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302; the companion cases of *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, and *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528; and *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, [2013] 3 S.C.R. 53. There is no explanation in those cases

procureurs généraux —, la Cour ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, connaître d’une question constitutionnelle alors qu’un avis n’a pas dûment été donné en première instance. Au nombre des circonstances exceptionnelles, mentionnons l’urgence extrême ou l’importance publique de trancher la question constitutionnelle qui justifie la Cour de l’entendre ou l’absence d’un autre choix, pour la partie en cause, que celui de soulever la question constitutionnelle pour la première fois devant la Cour. Il s’agit selon nous de l’approche qui se concilie le mieux avec les principes énoncés dans *Eaton*, le libellé de l’art. 19.2 et les objectifs fondamentaux des dispositions obligatoires en matière d’avis.

[131] Donner effet au libellé clair de l’art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* ne présente aucun risque de faire irrémédiablement obstacle à une contestation constitutionnelle par ailleurs fondée. Une cour de justice peut toujours suspendre l’instance pour permettre la signification de l’avis requis (voir p. ex. *Paluska*, par. 27; *Nome*, par. 37). Une cour d’appel peut également, si elle le juge approprié, renvoyer à une autre juridiction une question constitutionnelle soulevée sans droit devant elle (voir p. ex. *Morine c. Parker (L & J) Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.), par. 58). Évidemment, lorsqu’elle estime que les circonstances l’exigent, notre Cour peut idéalement renvoyer l’affaire à la juridiction d’origine afin que l’avis nécessaire puisse être donné et qu’un dossier de preuve complet puisse être constitué (par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26).

[132] À l’appui de leur argument selon lequel la Cour devrait jouir d’un large pouvoir discrétionnaire qui lui permette de connaître de questions constitutionnelles même lorsque l’avis requis n’a pas été donné en première instance, nos collègues invoquent quatre affaires postérieures à *Eaton* dans lesquelles notre Cour s’est saisie de questions constitutionnelles nouvelles en appel (*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302; les arrêts connexes *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, et *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528; ainsi que *Marine*

for why *Eaton* was not followed, nor was there any explanation for why these new issues were entertained at all. *Eaton* is a clear and recent precedent of this Court and we see no reason to depart from it. Accordingly, in the absence the consent of the Attorneys General, *de facto* notice, or exceptional circumstances, this Court should not consider a constitutional argument made in the absence of a required notice of a constitutional question.

[133] In this case, Ms. Guindon failed to serve notice of a constitutional question before the Tax Court. She once again failed to serve the notice required by s. 57 of the *Federal Courts Act* in proceedings before the Federal Court of Appeal. Before this Court, Ms. Guindon filed notice for the first time.

[134] While we are not troubled by Stratas J.A.'s alternative conclusion on the merits of the *Charter* issue, since notice under s. 19.2 of the *Tax Court of Canada Act* is mandatory, the Tax Court should not have entertained the constitutional arguments in its absence. Ms. Guindon attempted to bring her case outside the scope of s. 19.2 by arguing that she was merely asserting her *Charter* rights, as opposed to seeking a declaration of invalidity, inapplicability or inoperability. This represents an attempt to circumvent the notice requirement under the guise of seeking an interpretation reconciling the provision with the *Charter*. Having raised a constitutional argument, however, Ms. Guindon was bound by the procedural requirements that govern its determination and cannot avoid them by suggesting that her goal is otherwise.

[135] The protections set out in s. 11 of the *Charter* cannot simply be read into the regulatory scheme without rendering s. 163.2 invalid, inapplicable or inoperative. The *Income Tax Act* provides a set of procedures and processes that are distinct from those set out in the *Criminal Code*.

Services International Ltd. c. Ryan (Succession), [2013] 3 R.C.S. 53). Dans ces arrêts, la Cour ne précise pas les motifs pour lesquels *Eaton* n'est pas suivi, ni même pourquoi ces questions nouvelles sont même examinées. L'arrêt *Eaton* constitue un précédent clair et récent de notre Cour et nous ne voyons aucune raison de l'écarter. En conséquence, faute du consentement des procureurs généraux, d'un avis *de facto* ou de circonstances exceptionnelles, la Cour ne saurait se prononcer sur un argument d'ordre constitutionnel sans que l'avis requis n'ait été signifié.

[133] Dans la présente affaire, M^{me} Guindon n'a pas signifié d'avis de question constitutionnelle en Cour de l'impôt. Elle ne l'a pas fait non plus en Cour d'appel fédérale, alors que l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* l'exigeait. M^{me} Guindon a déposé un tel avis pour la première fois devant notre Cour.

[134] Bien que la conclusion subsidiaire du juge Stratas sur le fond de la question relative à la *Charte* ne soulève aucune difficulté apparente, vu le caractère obligatoire de l'avis exigé à l'art. 19.2 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, la Cour de l'impôt n'aurait pas dû examiner la thèse constitutionnelle malgré l'absence de cet avis. M^{me} Guindon a tenté d'échapper à l'application de l'art. 19.2 en soutenant qu'elle faisait seulement valoir ses droits constitutionnels, par opposition à demander que la disposition attaquée soit déclarée invalide, inapplicable ou sans effet. Elle a tenté de contourner l'exigence de la signification d'un avis sous prétexte d'avancer une interprétation de la loi qui concilie la disposition avec la *Charte*. Mais comme elle a soulevé un argument constitutionnel, elle était tenue au respect des exigences procédurales applicables pour que la cour saisie puisse se prononcer et elle ne peut s'y soustraire en laissant entendre que son objectif est tout autre.

[135] On ne peut tout bonnement intégrer les garanties de l'art. 11 de la *Charte* au régime de réglementation sans rendre l'art. 163.2 invalide, inapplicable ou sans effet. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un ensemble de procédures et de processus qui diffèrent de ceux que prévoit le

Section 163.2(2) provides the authority for the assessment and levying of the penalty. The procedures to be followed by a taxpayer who objects to an assessment under Part I of the *Income Tax Act*, which includes s. 163.2, are set out in s. 165. Pursuant to that section, the Minister will reassess or make an additional assessment in respect of the amount that was raised in the taxpayer's notice of objection. If the taxpayer is still not satisfied, he or she may appeal in accordance with s. 169 of the *Income Tax Act*. Section 34(2) of the *Interpretation Act*, as a result, does not apply.

[136] Neither exception from *Eaton* applies in this case. Nor are there any exceptional circumstances: there is no particular urgency or overwhelming public importance that distinguishes this case from other constitutional cases, and there is virtually no explanation for why notice was not given in the prior proceedings.

[137] Our colleagues would nonetheless consider Ms. Guindon's constitutional argument because "[t]he issue raised on appeal is important" and "it is in the public interest to decide" it: para. 35. *All* constitutional issues are important, however. That is why the notice provisions exist, namely to ensure that given the importance of constitutional issues, the public interest is protected by ensuring that they are decided on a full evidentiary record. But simply to point to the importance of constitutional issues as overriding the notice requirements, leads essentially to entertaining all constitutional arguments raised in this Court for the first time.

[138] Our colleagues also conclude there would be no prejudice from considering the issue in the absence of notice. Ms. Guindon first raised the constitutional challenge in her closing arguments at the Tax Court. The Attorney General of Canada objected, arguing that notice was required. Neither the Attorney General of Canada, nor the provincial Attorneys General whose own regulatory schemes

Code criminel. Le paragraphe 163.2(2) confère le pouvoir d'établir et de percevoir la pénalité. La procédure que doit suivre le contribuable désireux de faire opposition à une cotisation établie sous le régime de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, laquelle englobe l'art. 163.2, est énoncée à l'art. 165. Suivant cette disposition, le ministre établit une cotisation nouvelle ou supplémentaire quant à la somme qui fait l'objet de l'avis d'opposition. Le contribuable qui demeure insatisfait peut faire appel en application de l'art. 169 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 34(2) de la *Loi d'interprétation* ne s'applique donc pas.

[136] Ni l'une ni l'autre des exceptions de l'arrêt *Eaton* ne s'appliquent en l'espèce. Il n'existe pas non plus de circonstances exceptionnelles : nulle urgence particulière ou importance manifeste pour le public ne distingue la présente espèce d'une autre affaire constitutionnelle, et aucune explication de l'absence d'avis dans les instances antérieures n'a pour ainsi dire été offerte.

[137] Nos collègues estiment néanmoins qu'il y a lieu d'examiner l'argument constitutionnel de M^{me} Guindon parce que « [l]a question constitutionnelle soulevée importe » et que « le public a intérêt à ce qu'elle soit tranchée » (par. 35). Or, *toutes* les questions constitutionnelles sont importantes. C'est d'ailleurs pour cette raison que des dispositions prévoient la signification d'un avis lorsqu'on les soulève : vu l'importance des questions constitutionnelles, on protège l'intérêt public en assurant qu'elles soient tranchées à partir d'un dossier de preuve complet. Conclure simplement que l'importance des questions constitutionnelles prime l'exigence d'un avis revient essentiellement à permettre l'examen de tout argument constitutionnel soulevé pour la première fois devant la Cour.

[138] Nos collègues concluent également que l'examen de la question malgré l'absence d'avis n'entraînerait aucun préjudice. M^{me} Guindon a soulevé la question constitutionnelle pour la première fois lors de son exposé final devant la Cour de l'impôt. Le procureur général du Canada a alors formulé une objection au motif qu'un avis aurait dû être donné. Ni lui, ni les procureurs généraux

could clearly be affected by the outcome, had the opportunity to fully participate in building the necessary evidentiary record before the Tax Court. And two of the three Attorneys General who participated in this Court objected to the failure to provide notice at the Tax Court. Far from conceding that there was no prejudice in this case as our colleagues suggest, the Attorney General of Canada in fact insisted that there *was* prejudice to the public from the failure to provide notice: transcript, at p. 49. As this Court said in *Eaton*, prejudice is *assumed* from the absence of notice: para. 53. The burden of showing the contrary is on Ms. Guindon, not on the Attorneys General.

[139] Finally, it is impossible in the absence of a full evidentiary record and argument, to conclude, as our colleagues do, that this Court has “the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below”: para. 35. We cannot know what reasons would have been formulated had Ms. Guindon provided proper notice, allowing the Attorneys General from across Canada to adduce evidence and make arguments at the Tax Court and Court of Appeal about the impact of her s. 11 argument on their respective statutory schemes.

[140] As a result, to consider the constitutional issue in this case, as our colleagues would, essentially means that it could be exercised in *any* case where the Court is sufficiently attracted by the constitutional issue, notwithstanding the public importance of notice provisions, the wording of s. 19.2, and the binding precedent of *Eaton*. Ms. Guindon knew that the Attorney General of Canada had objected to her failure to file notice before the Tax Court when she made her closing argument, yet even in the Federal Court of Appeal, she failed to file the required notice. Essentially, she took the risk of gambling with public resources, rather than simply complying with plain statutory requirements. Entertaining her constitutional argument in these circumstances would sanction and encourage

des provinces dont les régimes de réglementation pouvaient nettement être touchés par la décision n’ont eu la possibilité de participer pleinement à la constitution du dossier de preuve nécessaire en Cour de l’impôt. D’ailleurs, deux des trois procureurs généraux prenant part à l’instance devant notre Cour dénoncent l’absence d’avis en Cour de l’impôt. Loin de concéder qu’aucun préjudice n’a été causé en l’espèce comme le laissent entendre nos collègues, le procureur général du Canada insiste sur le fait que cette omission *a causé* un préjudice *au public* (transcription de l’audience, p. 49). Comme l’affirme la Cour dans l’arrêt *Eaton*, le préjudice est *présumé* de l’absence d’avis (par. 53). C’est à M^{me} Guindon, et non aux procureurs généraux, de prouver le contraire.

[139] Enfin, faute d’un dossier de preuve complet sur lequel les parties ont débattu, il est impossible de conclure, comme le font nos collègues, que la Cour dispose de « motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle » (par. 35). Nous ne pouvons savoir quels auraient été ces motifs si M^{me} Guindon avait donné l’avis requis et permis par le fait même aux procureurs généraux de tout le pays de présenter à la Cour de l’impôt et à la Cour d’appel fédérale des éléments de preuve et des arguments sur les répercussions qu’aurait l’application de l’art. 11 sur les régimes législatifs de chacun des ressorts en cause.

[140] Examiner la question constitutionnelle en l’espèce comme le préconisent nos collègues ferait donc essentiellement en sorte que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire *chaque fois* qu’une question constitutionnelle l’interpelle, indépendamment de l’importance pour le public des dispositions en matière d’avis, du libellé de l’art. 19.2 et du caractère obligatoire de l’arrêt *Eaton*. Lorsqu’elle a présenté son exposé final, M^{me} Guindon savait que le procureur général du Canada avait dénoncé son omission de déposer un avis devant la Cour de l’impôt. Pourtant, même en Cour d’appel fédérale, elle n’a pas déposé l’avis requis. En somme, elle a fait le pari d’aller de l’avant au risque de porter atteinte aux ressources publiques au lieu de simplement respecter les exigences claires de la loi.

this tactic, allowing for the genuine possibility that cases would wind their way through the process, only to be rejected at this Court because the record is inadequate. While our colleagues focus on the judicial resources that went into *this* case, we are concerned about the resources that would be wasted in the many cases that follow. A narrower discretion not only better responds to the mandatory language of the statute and the purpose of notice provisions, it also sends a clear message not to waste resources by gambling on the beneficence of this Court.

[141] Accordingly, in the absence of giving the Attorneys General the required notice to enable them, if they so choose, to present evidence and arguments, Bédard J. should not have addressed the constitutionality of s. 163.2 of the *Income Tax Act*. This Court too, in accordance with its precedent in *Eaton* and in the absence of any exceptional circumstances, should refrain from entertaining the issue.

[142] We would dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Drache Aptowitzer, Ottawa; Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Examiner son argument constitutionnel en pareilles circonstances reviendrait à sanctionner et à encourager une telle stratégie, de sorte qu'une affaire puisse effectivement franchir toutes les étapes et parvenir devant notre Cour pour y être finalement rejetée en raison du caractère incomplet du dossier. Alors que nos collègues se soucient des ressources judiciaires consacrées à ce jour à *la présente* affaire, nous nous soucions de celles qui seront gaspillées dans les nombreuses instances qui suivront. Non seulement l'exercice mesuré du pouvoir discrétionnaire s'accorde mieux avec le libellé obligatoire de la loi et l'objectif de l'exigence législative de la signification d'un avis, mais il transmet le message clair qu'il ne faut pas gaspiller les ressources en misant sur la bienveillance de la Cour.

[141] En conséquence, à défaut de la signification de l'avis requis pour permettre aux procureurs généraux, s'ils le souhaitent, d'offrir des éléments de preuve et des arguments, le juge Bédard n'aurait pas dû entreprendre l'étude de la constitutionnalité de l'art. 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En raison des enseignements de l'arrêt *Eaton* et de l'absence de circonstances exceptionnelles, notre Cour devrait elle aussi s'abstenir d'entreprendre un tel débat.

[142] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Drache Aptowitzer, Ottawa; Baker & McKenzie, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitors for the intervener Chartered Professional Accountants Canada: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Comptables professionnels agréés du Canada : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.

Editor's note: Corrigendum released June 8 2009, Original judgment has been corrected with text of corrigendum appended.

Please see in particular para. 112

IN THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA

Citation: *Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, 2008 NSSC 369

Date: 20081208

Docket: 297753(A)

Registry: Halifax

Between:

The Halifax Herald Limited

Appellant

v.

The Workers' Compensation Board of Nova Scotia

Respondent

- and -

Canadian Manufacturers and Exporters Association of Nova Scotia

Intervenor

LIBRARY HEADING

Judge:

The Honourable Justice Gregory M. Warner

Heard:

October 23 and 24, 2008, in Halifax, Nova Scotia

Subject:

Freedom of Information and Protection of Privacy Act

Summary:

A newspaper sought from WCB the names of the 25 employers with the most workplace injuries over three years, and four related disclosures to put the information in context. The Review Officer under **FOIPOP** recommended disclosure.

Issue:

1. WCB refused on the basis that disclosure would reveal labour relations information supplied by the employers in confidence, which disclosure could reasonably be expected to significantly harm their competitive position or result in similar information no longer being supplied to WCB.
2. Canadian Manufacturers Association intervened and argued that disclosure would also lead to the unreasonable invasion of the injured workers' personal privacy.

Result:

1. Release of the 25 employers' name was in respect of labour relations but not information supplied by employers, or if so, not supplied in confidence. Disclosure could not reasonably be expected to significantly harm their competitive position or result in similar information no longer being supplied to WCB.
2. Disclosure of the names would not constitute an unreasonable invasion of the injured workers' personal privacy.

***THIS INFORMATION SHEET DOES NOT FORM PART OF THE COURT'S DECISION.
QUOTES MUST BE FROM THE DECISION, NOT THIS LIBRARY SHEET.***

IN THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA

Citation: *Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, 2008 NSSC

369

Date: 20081208

Docket: 297753(A)

Registry: Halifax

Between:

The Halifax Herald Limited

Appellant

v.

The Workers' Compensation Board of Nova Scotia

Respondent

- and -

Canadian Manufacturers and Exporters Association of Nova Scotia

Intervenor

Judge: The Honourable Justice Gregory M. Warner

Heard: October 23 and 24, 2008, in Halifax, Nova Scotia

Counsel: Cory J. Withrow, counsel for The Halifax Herald Limited
("Herald"), appellant
David P. S. Farrar, Q.C. and Richard M. Dunlop, counsel for the
Workers' Compensation Board of Nova Scotia ("WCB"),
respondent

Daniel W. Ingersoll and Andrew D. Taillon, counsel for Canadian Manufacturers and Exporters Association of Nova Scotia (“CME-NS”), intervenor

By the Court:

A. Issue and Background

[1] Is the Herald entitled to receive from WCB the names of the 25 companies reporting the highest number of injuries over a three-year period pursuant to *Freedom of Information and Protection of Privacy* (FOIPOP) Act (“Act”)?

[2] In February 2007 the Herald requested the names of the 25 companies with the highest number of injuries reported in the years 2004 to 2006 and four related questions. WCB agreed to answer two questions (#3: numbers and types of accidents reported by the 25 employers; #4: cost of claims paid by WCB for injuries for the 25 employers), advised that it could not answer two (#2: size of the 25 workforces; #5: each employer’s safety rating compared to their industry average) and refused to answer the request for the names of the 25 companies with the highest number of injuries because:

“... this information is protected, confidential information under section 21 of the FOIPOP Act. The WCB feels that if the negative safety records of these employers were released, there is risk their competitive positions could possibly be harmed and their reputations permanently damaged. Therefore, we will not provide the names of the specific employers (personally identifying information) and risk exposing them to financial harm . . .” (WCB letter, March 22, 2007, Exh.2, Leger affidavit).

[3] The Herald then asked the Review Officer under the Act to review its request. In its reply to the Review Officer, WCB relied upon exemptions to the requirement to disclose contained in subsections 20(2)(e), (f), (g) and (h) - protection of personal information; and

subsections 21(1)(a)(ii) - labour relations information of third parties, and 21(1)(c)(ii)- the information could be reasonably expected to harm significantly the employers' competitive position.

[4] After exchanges with WCB and failed mediation, the Review Officer entered into a formal review and filed a report recommending the release of the requested information in its entirety. (See the Report #FI-07-32, dated April 22, 2008, Exh.4, Leger affidavit.)

[5] WCB declined to answer the request for the names of the 25 companies. The Herald appeals to this Court from WCB's refusal.

B. Scope of Appeal

[6] This Court may determine the matter *de novo* and examine any record in order to determine on the merits whether the information in the record should be released (s. 42). No party asked the Court to examine the records that are the subject of the Herald's request.

[7] The burden is on WCB to prove that the Herald has no right of access to a record. However, where the refusal is to a record containing personal information about a third party, the Herald has the burden of proof that disclosure would not be an unreasonable invasion of the third party's personal privacy (s. 45).

C. WCB's position

[8] Before this Court, WCB argues that the names of the 25 companies are exempt per s. 21(1) of the **Act** on the basis that:

a) the information would reveal labour relations information about the 25 companies;

- b) the information was supplied implicitly or explicitly in confidence; and,
- c) disclosure could reasonably be expected to:
 - i) harm significantly the competitive position of the 25 companies, or
 - ii) result in similar information no longer being supplied to WCB when it is in the public interest that it is supplied.

[9] On this appeal, WCB does not argue for an exemption under s. 20 (personal information).

D. CME-NS's position

[10] The intervenor CME-NS argues that WCB is entitled to refuse to disclose the names of the 25 companies by reason of the exemptions in s. 20 and s. 21 of the **Act**.

[11] With respect to s. 20 - personal information (an unreasonable invasion of a third party's personal privacy), it argues that the disclosure of the company names, when combined with the already provided answers to questions #3 and #4, could result in identification of the individuals injured, and that would constitute an unreasonable invasion of the injured workers' personal privacy.

[12] With respect to s. 21, it makes the same argument as WCB, but adds that, with regards to the first element, the information sought to be released is not only labour relations information but also financial information; release of the details of the costs in claims of the 25 companies, could make the amount of their WCB premiums discernable to their competitors, and put them in an economically disadvantaged position.

E. Law

E.1 Basic Principles

[13] For this part of the decision, I have relied in part upon the text: *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*, Second Edition, by Patrick Birkinshaw (London: Butterworths, 1996).

[14] Our capacity as human beings to acquire, use and store information is essential to our survival. Information forms the foundation for sensible choice and wise judgment.

[15] Communication is premised on the attempt to convey correct information. Control of information, on the other hand, is premised on secrecy, confidentiality and on the quest for privacy which is essential to our full development.

[16] The issue is not secrecy of government information itself, but the control over secrecy and access. When does secrecy operate not just to protect the interests of those possessing secrets, but to subvert the interests of others?

[17] I agree with Mr. Birkinshaw that these converging principles are reconciled by accepting that there are spheres of personal and public life which are legitimately entitled to secrecy, without which our integrity can be comprised, our identity shaken and our security shattered (p. 16-17).

[18] In *Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground* (2005) 2:2 UOLTJ 357, A. Levin and M. J. Nicholson compare the bases of the concept of privacy in these three societies. In **Whalen v. Roe**, 429 U.S. 589 (1977), the United States Supreme Court endorsed three distinct privacy interests which reflect that society's view that privacy is a political value centered around the protection of citizens from government; that is, liberty in the sense of anonymity (freedom from government surveillance and intrusion), secrecy (freedom from personal information being made public by government), and autonomy (freedom from government compulsion). In the European Union, where government is not looked upon with as much distrust, privacy is a social concept centered around a person's relationship with

other members of society; it involves protection of dignity and respect for private and family life (European Charter, Part II). Levin and Nicholson suggest that liberty and dignity are manifestations of autonomy - one in the political arena, the other in the social field; autonomy, they say, is better understood as a fundamental value of human life in society (63).

[19]In **R. v. Dyment** [1988] 2 SCR 417, the Supreme Court of Canada identified three zones of privacy or autonomy: personal space, dignity, and personal information. The first emulates the American notion of liberty. The second emulates the EU model. The third concern is more than the threat to liberty by mishandled public sector conduct, or to dignity by wrongful private sector conduct; it concerns a threat to autonomy. It is based on Canada's coalescing identity, as a multicultural society (neither homogeneous nor "melting pot"), of tolerance and respect for other citizens' autonomy and control of their private and public personae (Levin & Nicholson 68). In **Dyment**, La Forest J. wrote: "society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state . . . Grounded in a man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual . . ." and for that reason held it to be worthy of constitutional protection. **Dyment** is but one in a series of decisions that have expanded on the theme in the context of sections 7 and 8 of the Charter: **Hunter v. Southam** [1984] 2 SCR 145; **R. v. Morgentaler** [1988] 1 SCR 30; **R. v. Beare** [1988] 2 SCR 387; **Edmonton Journal v. Alberta** [1989] 2 SCR 1326; **Rodriguez v. British Columbia** [1993] 3 SCR 519; **R. v. O'Connor** [1995] 4 SCR 411; **Godbout v. Longueuil** [1997] 3 SCR 844; **Blencoe v. British Columbia** [2000] 2 SCR 307; and especially La Forest J.'s analysis in **B.(R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto** [1995] 1 SCR 315.

[20] This issue of secrecy, the exclusivity of use of information, is most acute in respect of government and public bodies, which represent the collective or public interest, have the authority to accumulate large volumes of information about private entities in fulfilling their public trust, and operate, by design or otherwise, with significant limits on openness and access.

[21] The growth in government's intrusion into private lives necessitates safeguards against abuse. Jeremy Bentham wrote: "Secrecy, being an instrument of conspiracy, ought never to be

the system of regular government.” He added: “Without publicity, no good is permanent; under the auspicious of publicity, no evil can continue.” Pierre Trudeau said: “Democratic progress requires the ready availability of true and complete information. In this way people can objectively evaluate the Government’s policies. To act otherwise is to give way to despotic secrecy.” (pp. 173 & 185 in *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*, by Michel W. Drapeau and Marc-Aurele Racicot (Carswell, 2004).

[22] We have always been an Information Society. But, from the time of the commissioning of the Domesday Book in 1085 to the present, the growth in government, and their access to information, has magnified the concern about the acquisition, use, and release of information. The provision of information has always been at the centre of the relationship between government and society; provision of information has always been instrumental in the way governmental institutions have been created or allowed to develop. Such developments have occurred to fulfil public expectations in oversight, accountability, explanation or legitimacy for the exercise of power. (Birkinshaw, p. 5)

[23] Control, use and regulation of information is inherently a feature of power. Government is the organization of information for the use of power in the public interest. Exposure of government information to the public safeguards against irrational processes and perverted use.

[24] There are arguable reasons why confidentiality must be maintained, or not maintained, in various relationships. The problem arises whenever a private body or individual insists on confidentiality in respect of its interplay with a public body, and the public body acts on that communication. Experience has shown that government decisions made behind closed doors are not always rational, or in the public interest. The more irrational the process, the more government will want to conceal, and the greater the need for openness and accountability.

[25] As in life, the hallmarks of good policy and law are reasonable limits. Just as we do not live in a world of absolutes, there are no absolutes on the issue of access and privacy. Some suggest that access and privacy rights are not contradictory, as they at first appear, but rather

complementary. In either case, access and privacy are limited rights. They are subject to exceptions when overshadowed by greater public interests, and are based on reasonable expectations of actual or imputed harm to specific private and public interests.

[26] It is the balance between access to information, which is an essential component of democracy itself and accountability of government, and the equally important protection of privacy which grounds a free and pluralistic society, that has lead in our generation to **FOIPOP** legislation in most democracies.

E.2 Legislation

[27] Despite the long history of government collecting information and its impact upon private and public lives, access legislation is a fairly recent phenomenon. The first Canadian statute was the **Freedom of Information Act** of Nova Scotia passed in 1977. The first Canadian privacy legislation appears to have been introduced in Saskatchewan in 1978. In all but four jurisdictions, privacy legislation has been incorporated into the access legislation. Such is the case in Nova Scotia, where in 1990 a new **Act** incorporated, as a purpose, the protection of individual privacy where disclosure would constitute an unwarranted invasion of personal privacy, and where in 1993 the current **Act**, intentionally renamed as **Freedom of Information and Protection of Privacy Act**, placed protection of privacy on an equal footing with access to information.

[28] The purpose of the **Act** and analytical framework for its application is articulated by Saunders, J.A. in **O'Connor v. Nova Scotia**, 2001 NSCA 132. The importance of this decision cannot be underestimated in light of the analysis of the Supreme Court of Canada in **Dagg v. Canada** [1997] 2 SCR 403, in which the majority did not agree with La Forest J.'s result, but did agree with his analysis of the principles for balancing access and privacy under similar legislation. The court held that the positive obligation on public bodies to fully accommodate access requires that the legislation be liberally construed so as to give clear expression to the

legislature's intention that these obligations enure to the benefit of good government and its citizens (40 and 41), and that exemptions and exceptions be narrowly construed.

[29] At 55 to 58, he describes the Nova Scotia legislation as unique in Canada. He wrote:

[56] Thus the **FOIPOP Act** in Nova Scotia is the only statute in Canada declaring as its purpose an obligation both to ensure that public bodies are fully accountable and to provide for the disclosure of all government information subject only to "necessary exemptions that are limited and specific."

[57] I conclude that the legislation in Nova Scotia is deliberately more generous to its citizens and is intended to give the public greater access to information than might otherwise be contemplated in the other provinces and territories in Canada. Nova Scotia's lawmakers clearly intended to provide for the disclosure of all government information (subject to certain limited and specific exemptions) in order to facilitate informed public participation in policy formulation; ensure fairness in government decision making; and permit the airing and reconciliation of divergent views. No other province or territory has gone so far in expressing such objectives.

[30] Structurally the Nova Scotia **Act** sets out its purpose (s. 2), definitions (s. 3), scope (s. 4), the right of access to any record under government control (s. 4) subject only to specific exemptions (s. 12 to 31). The **Act** describes procedures for accessing government information (s. 6-11, 22 and 23) and for review and appeal (s. 32-42), and for the protection of personal privacy (s. 24 to 31) and ends with miscellaneous general provisions (s. 43-52).

[31] The right to any record is to be broadly construed, and is subject only to specific narrowly-defined exemptions. There are many exemptions, including intergovernmental affairs, cabinet deliberations, government advice, law enforcement, solicitor-client privilege, certain government financial and economic interests, health and safety, conservation, local government, academic research and evaluations, certain hospital records, and labour conciliation records.

[32] Relevant to this application is the exemption for confidential information (s. 21) and CME-NS's additional claim for exemption under s. 20 - unreasonable invasion of a third party's personal privacy.

[33] In respect of CME-NS's claim under s. 20, the relevant statutory provisions read:

3 (a) (I) "personal information" means recorded information about an identifiable individual, including

(i) the individual's name, address or telephone number, . . .

Personal information

20 (1) The head of a public body shall refuse to disclose personal information to an applicant if the disclosure would be an unreasonable invasion of a third party's personal privacy.

(2) In determining pursuant to subsection (1) or (3) whether a disclosure of personal information constitutes an unreasonable invasion of a third party's personal privacy, the head of a public body shall consider all the relevant circumstances, including whether

(a) the disclosure is desirable for the purpose of subjecting the activities of the Government of Nova Scotia or a public body to public scrutiny;

(b) the disclosure is likely to promote public health and safety or to promote the protection of the environment;

(c) the personal information is relevant to a fair determination of the applicant's rights;

(d) the disclosure will assist in researching the claims, disputes or grievances of aboriginal people;

(e) the third party will be exposed unfairly to financial or other harm;

(f) the personal information has been supplied in confidence;

(g) the personal information is likely to be inaccurate or unreliable; and

(h) the disclosure may unfairly damage the reputation of any person referred to in the record requested by the applicant.

(3) A disclosure of personal information is presumed to be an unreasonable invasion of a third party's personal privacy if

(a) the personal information relates to a medical, dental, psychiatric, psychological or other health-care history, diagnosis, condition, treatment or evaluation;

...

(d) the personal information relates to employment or educational history;

...

(4) A disclosure of personal information is not an unreasonable invasion of a third party's personal privacy if

(a) the third party has, in writing, consented to or requested the disclosure;

(b) there are compelling circumstances affecting anyone's health or safety;

(c) an enactment authorizes the disclosure;

...

(e) the information is about the third party's position, functions or remuneration as an officer, employee or member of a public body or as a member of a minister's staff; . . .

[34] In respect of WCB and CME-NS's claim for exemption under s. 21, the section reads:

Confidential information

21 (1) The head of a public body shall refuse to disclose to an applicant information

(a) that would reveal

(i) trade secrets of a third party, or

(ii) commercial, financial, labour relations, scientific or technical information of a third party;

(b) that is supplied, implicitly or explicitly, in confidence; and

- (c) the disclosure of which could reasonably be expected to
 - (i) harm significantly the competitive position or interfere significantly with the negotiating position of the third party,
 - (ii) result in similar information no longer being supplied to the public body when it is in the public interest that similar information continue to be supplied,
 - (iii) result in undue financial loss or gain to any person or organization, or
 - (iv) reveal information supplied to, or the report of, an arbitrator, mediator, labour relations officer or other person or body appointed to resolve or inquire into a labour-relations dispute.

(2) The head of a public body shall refuse to disclose to an applicant information that was obtained on a tax return or gathered for the purpose of determining tax liability or collecting a tax.

(3) The head of a public body shall disclose to an applicant a report prepared in the course of routine inspections by an agency that is authorized to enforce compliance with an enactment.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply if the third party consents to the disclosure. 1993, c. 5, s. 21 .

[35] Relevant to both claims are ss. 31(1) and (4), which read:

Disclosure in public interest

31 (1) Whether or not a request for access is made, the head of a public body may disclose to the public, to an affected group of people or to an applicant information

(a) about a risk of significant harm to the environment or to the health or safety of the public or a group of people; or

(b) the disclosure of which is, for any other reason, clearly in the public interest.

(4) This Section applies notwithstanding any other provision of this Act. 1993, c. 5, s. 31.

F. **Section 20 (Personal Information) Exemption**

[36] Before this Court CME-NS argues that the Nova Scotia Court of Appeal in **Nova Scotia (Health) v. Dickie**, 1999 NSCA 662, 30 described “recorded information about an identifiable individual” in broad terms.

[37] CME-NS submits that the release of the names of the 25 companies with the highest number of workplace injuries, when combined with the already made disclosure of the numbers and types of accidents reported by the 25 companies and the total costs in claims paid out in respect of those injuries, would constitute an unreasonable invasion of the personal privacy of the injured workers. It argues: “This information, if released, would allow individual employees of each employer to be identified through the reference to the name of the employers and the numbers and types of accidents reported. . . . There is law indicating that where an individual may be identifiable, it is an unreasonable invasion of privacy.”

[38] CME-NS cites **Canada v. Canada** 2006 FCA 157 at 43, *Government Information, Access and Privacy*, by McNairn and Woodbury (Carswell; looseleaf to Release1 in 2008, p. 7-5), and **Ontario v. Pascoe** (2001) 154 OAC 97 at 15, affirmed (2002) 166 OAC 88 (OCA).

[39] CME-NS referred to the affidavit of Matthew Doreen, which contains internet excerpts from four news articles about industrial accidents. In some, the injured worker is named; in others the employers appear to be named and the incident described. Significantly WCB spokespersons appear to have commented to the press about the accidents.

[40] CME-NS argues that information such as that contained in three of the news articles, together with the total disclosure requested, would permit anyone to “ascertain the compensation paid out for workplace injuries based on that particular individuals injury . . . this meets the definition of personal information, as it would provide information about an individual’s employment and health care history.”

[41] CME-NS argues that if a person had information, other than through the media, the release of the requested information could lead to an identifiable individual and “would be an invasion of personal privacy”.

Analysis

[42] CME-NS’s argument has no merit.

[43] I accept that the Court is obligated to consider, as a relevant factor, the possibility that the release of the requested information could lead, in combination with other information available to individual members of the public, to the identification of a person. There may be circumstances where release of non-personal information, when combined with other information held by a member of the public, might lead to identification of personal information about an individual.

[44] I further recognize that the burden is on the person requesting release of the information to establish on a balance of probabilities that the disclosure of any such information would not be an unreasonable invasion of the third parties’ personal privacy (in this case, the personal privacy of an injured worker).

[45] There is not enough evidence upon which I could reasonably find or infer that the release of the information requested would lead to personal information that might constitute an unreasonable invasion of an injured worker’s personal privacy. In **Dagg v. Canada** [1997] 2 SCR 403, the Supreme Court of Canada dealt with a claim, under equivalent federal legislation,

that sign-in log for employees who worked weekends for the Department of Finance was exempt personal information. The Court said no in a split decision, but all agreed on La Forest J.'s analytical approach. Applying that approach to the facts of this case, the information that could lead to identification of injured employees would not constitute an unreasonable invasion of their personal privacy.

[46] To the contrary, WCB's 2007 Annual Report, attached to Mr. Field's affidavit, contains considerable information and data which suggest that the release of the names of the 25 employers with the highest number of accidents would not lead to disclosure of the names of the injured workers or unreasonably invade their personal privacy. At page 62, the chart entitled "Claims Registered by Firm" shows 12 firms with 200 or more new claims registered in 2007 for a total of 5,980 new claims - an average of almost 500 per employer. The next 41 firms registered 100 or more claims, or a total of 9,930, which, by my calculation works out to an average of 242 per firm. The fact that 53 employers with the highest number of claims registered in 2007, totalling 15,910 claims or 49.66% of the new claims registered with WCB in 2007, leads me to conclude that the three-year total requested by the appellant for the top 25 employers would not, for all practical purposes, lead to the discovery of personal information or invade unreasonably any injured worker's personal privacy. The oral submission that an employer with few employees could be in the top 25 is not supported by the evidence.

[47] The excerpts from the news articles in the Doreen affidavit do not support an inference that the release of the requested information would constitute either disclosure of personal information - it is already in the public domain, or an unreasonable invasion of personal privacy.

[48] In summary, while in some circumstances the revelation of the name of an individual might constitute an unreasonable invasion of personal privacy, there was no factual basis for the submission that the release of the names of the 25 employers, out of the 18,508 registered with WCB, would lead to the identification of an individual and, more important, to the release of information about that individual that would constitute an unreasonable invasion of their personal privacy.

G. Section 21 (Confidential Information) Exemption

G.1 Three Part Test

[49] The claim for exemption under s. 21 requires WCB to establish that disclosure of the names of the 25 employers:

- a) would reveal labour relations or financial information about the 25 employers, and
- b) would reveal information supplied implicitly or explicitly in confidence, and
- c) could reasonably be expected to harm significantly the employers' competitive position, or result in similar information no longer being supplied to WCB when it is in the public's interest that it is supplied.

G.2 Labour Relations

[50] The first issue is whether the information is about labour relations.

[51] WCB submits that the **Workers' Compensation Act** ("WCA") which WCB administers applies to the worker-employer relationship in respect of workplace safety and, in particular, involves workers who suffer an injury by accident arising out of and in the course of employment (s. 10(1)). WCB cites dictionaries for the ordinary meaning of the term, a labour text for its view that labour relation is a huge topic encompassing the employer-employee relationship inclusive of employee safety, and the definition of a public body in the **Act** (s. 3(1)(j)).

[52] The Herald submits that the disclosure would not release labour relations information about the 25 companies: "Information relating to "labour relations" is information that pertains

to the relations between an employer and its employees with respect to the collective bargaining between such parties and related activities.”

[53] The Herald cites two decisions of the Information and Privacy Commissioner of Ontario: **IPC Order - PO 2010**, April 23, 2002 (respecting disclosure of proposed underwater logging applications by private parties); and **IPC Order - P-653**, April 8, 1994 (respecting pay equity plans in hospitals); **Dickie v. Nova Scotia**, 1999 NSCA 62 at 59; **Reid v. Halifax Regional School Board**, 2006 NSSC 56 at 21 to 23; and, **Foley v. Cape Breton Regional Hospital**, 1996 CarswellNS 342 (NSSC) at 81.

[54] CME-NS supports WCB’s argument in favour of an expansive definition of labour relations. It cites 18 in **Shannex Health Care Management Incorporated v. Nova Scotia**, 2004 NSSC 54, for the proposition that the Ontario legislation uses similar language with a similar rationale and that the decision of the Ontario Court of Appeal in **Ontario v. Ontario** (2003) 178 O.A.C. 171 for the proposition that the phrase “labour relations”, although not defined in the **Act**, can extend to relations and conditions of work beyond those related to collective bargaining.

[55] The Supreme Court of Canada has given clear direction that all statutes are to be interpreted to give effect to their purpose. Each case must be analysed on its own facts but in the context of the relevant legislative purpose. The request in this case is for the names of employers who have the most incidents of workers being injured on the job.

[56] I agree with WCB and CME-NS that whether applying the words “labour relations” in their ordinary dictionary definition or in the context of the purpose of the **Act**, the subject matter of the Herald’s request deals directly with the employer-worker relationship and, in particular, workplace safety.

[57] In the cases cited by the Herald, the subject matter of the disclosure request was not similar in nature to the case at bar. In several cases it was unconnected to labour relations, or, at best, as noted by MacAdam, J. in **Foley**: “only incidentally”.

[58] CME-NS argued before this Court that disclosure of the requested information would reveal commercial or financial information about the 25 companies. In light of the “labour-relations” ruling, it is unnecessary to decide this.

G.3 Information supplied in confidence

Evidence

[59] The information supplied by employers to WCB is that contained in the Accident Report. It is from this information that WCB compiles its statistics. The parties disagree as to whether the Reports were supplied, implicitly or explicitly, in confidence.

[60] WCB notes that:

a) Section 86(1) of the **Workers’ Compensation Act (“WCA”)**, requires an employer to submit an Accident Report within five days of an accident;

b) The report form, attached as Tab 4 to Mr. Field’s affidavit includes statements that, WCB submits, indicate they are supplied in confidence: on page 1 “The WCB is unable to accept WCB Accident Reports by e-mail at this time due to confidentiality and security issues with the internet.” and in the declaration and consent part of the form: “Notice: The WCB may obtain and share any information necessary to process this claim with appropriate health care professionals and government agencies. Such information may include, but is not necessarily limited to, current and prior medical records, examinations, treatments and income information.”

c) Section 165 of **WCA** reads:

Co-operation with Department of Labour

165 (1) The Board and the Occupational Health and Safety Division of the Department of Labour may co-operate in any way, including the sharing of information otherwise privileged or confidential, in order to promote occupational health and safety and achieve their goals.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), the Board and the Occupational Health and Safety Division of the Department of Labour may exchange

- (a) any information regarding compliance with any enactment respecting occupational health and safety; and
- (b) any information or statistics regarding workplace injuries or occupational diseases required by the Board in order to properly carry out the provisions of Section 121.

d) The “My Account” on-line service for employers works like on-line banking, has four security levels and can only be accessed through a password.

[61] Mary Morris is an Employment Advisor with the Province of Nova Scotia who advises employers from premises rented from CME-NS. CME-NS filed her affidavit and she was not cross-examined on it. In 9 she swears that employers provide information to WCB on the understanding that it will not be made public “in part because of their concerns regarding the stigma associated with work place injuries.”

[62] The Herald, through the affidavit of its counsel, puts the WCB Employer Registration Form in evidence and has relied upon the content of WCB’s 2007 Annual Report contained in Mr. Field’s affidavit.

Law

[63] WCB acknowledges that the names of the 25 employers were not supplied by the employers, but submits that the common characteristic of the employers - that they had the highest number of injuries, is information supplied by the employers in confidence and therefore s. 21 applies.

[64] It cites **Chesal v. Nova Scotia** 2003 NSSC 10 (affirmed by the Court of Appeal at 2003 NSCA 124) for the legal analysis and factors for this part of the test. **Chesal** dealt with the phrase “received in confidence” contained in s. 12 of the **Act** which deals with the exemption for information received from another government. Both the Supreme Court and Court of Appeal adopted the British Columbia approach, and applied the non-exhaustive list of seven factors enumerated in **Re: Vancouver Police Board** [1999] B.C.I.P.D. 44.

[65] CME-NS cites the analysis of the phrase “supplied in confidence” in the s. 20 exemption (for personal information), set out in the Nova Scotia Court of Appeal’s decision in **Dickie** at 56 to 64. At 59 and 60, Cromwell, J.A. disagreed with the Court below which determined that in order to be confidential the provider of the information must believe that the information will never be revealed. Confidential information does not preclude information that may be revealed and is not, for example, limited to privileged information. He did agree with the Court below that simply labelling documents as “confidential” does not make the documents confidential.

[66] CME-NS also cites Justice Pickup in **Fuller v. Nova Scotia**, 2004 NSSC 86. Pickup J. relied upon the **Chesal** analysis and, based on the only evidence before him, the affidavit of the person who supplied the information stating that he considered it to be confidential, decided that it was supplied in confidence.

[67] While the decisions cited by WCB and CME-NS are in respect of other sections of the **Act** and worded slightly differently than s. 21, the differences in wording are, in my view, of no consequence. Application of the non-exhaustive **Vancouver Police Board** factors is a fair and relevant analytical approach to determining when information is supplied in confidence in a s. 21 analysis.

[68] The Herald submits that 43 in Justice Coughlan’s decision in **Chesal** summarized the test.

[69] The Herald also asked this Court to consider the analysis made by the Information and Privacy Commissioner of Ontario in **Order P-373**, 1992 CanLII 4216. In that case, in circumstances very similar to those before this Court, the WCB was requested to disclose the names and other information of companies who had been penalized, fined, penalty rated or charged additional amounts by WCB for 1990. During mediation the request was reduced from all companies to the top 50 companies. The operation of Ontario’s **Workers’ Compensation Act** is similar to that of Nova Scotia. In rejecting the “supplied in confidence” argument, the Commissioner wrote:

As to the claim that the names and addresses of the employers were supplied in confidence, in my view, information that an employer operates within an industry which falls within the jurisdiction of the **WCA**, and therefore must register with the Board, submit certain forms and participate in certain programs, is a function of the industry in which it operates. I do not agree that the names and addresses of the employers were supplied to the Board in confidence. In my view, it is the financial, commercial and personal information contained on the forms which was supplied in confidence, and none of this information would be revealed through disclosure of the records at issue in these appeals. (My emphasis)

[70] While the Ontario Division Court quashed the Commissioner’s decision, the Ontario Court of Appeal, 1998 CarswellOnt 3445, applying the standard of review of reasonableness, reinstated it.

[71] The Herald makes two submissions respecting the second test:

a) While the names of injured workers, the date and type of injury and the medical records included in Accident Reports were supplied by the employers, the fact that an employer had a certain number of accidents and was among the 25 employers with the highest number of accidents, was not information supplied by employers but rather information tabulated by WCB in the same manner that other information supplied by employers was tabulated by WCB and published in their Annual Reports and by other means.

b) On the totality of the circumstances, while the employers may have hoped that the information supplied would be kept confidential, the information was required to be supplied by reason of their participation in the WCB program - for most of whom participation was mandatory, and there was nothing in the **WCA**, the Employer Registration Form, WCB's Employers Information Guide, or the Accident Report which expressly stated that the mandated disclosure was confidential or from which anyone should infer that the disclosure was confidential.

Analysis

[72] I agree with the Herald's argument that the information sought to be disclosed is not information supplied by any employers. The analysis in the Ontario WCB case (**P-373**) involving a similar request in similar circumstances is persuasive.

[73] The disclosure sought in this application is the name of the 25 employers with the highest number of workplace accidents. This information is tabulated by WCB and is not supplied by the employers.

[74] The analysis of Justice Kelly in **Atlantic Highways Corp. v. Nova Scotia** (1997) 162 N.S.R. (2d) 27, is relevant. In that case a private company and the government had conducted negotiations for a proposed public/private toll highway partnership. Competitors of the private corporation sought disclosure of an agreement entered into between the parties. Atlantic Highways argued that it should not be disclosed as it contained proprietary information that

would disclose details about how they conducted business. It was competing in New Brunswick for a new toll highway project against its competitors for the Nova Scotia project. Release of the agreement would compromise its negotiating position in other projects. Justice Kelly held that the information they sought to protect was so intermingled with government input, standards and proposals that it clouded anyone's ability to determine, as distinct and severable, any confidential information supplied by Atlantic Highways.

[75] If I am wrong (that is, the information is information supplied by third parties), resolution of the issue of whether the information was supplied in confidence is a more difficult and nuanced analysis.

[76] For this analysis Justice Bateman's approach in **Chesal** (76) is the appropriate analytical tool, keeping in mind Justice Cromwell's observation in **Dickie** that it is not enough that the information is marked "confidential", but, on the other hand, it is not necessary to establish that the supplier believed that it would never be revealed.

[77] A third helpful analysis is that of Justice MacKay in **Air Atonabee Ltd. v. Canada**, 1989 CarswellNat 585 (FC) 37 to 53. His analysis is summarized accurately in the head note as follows:

Confidentiality involved an objective standard which took account of the content of the information, its purposes, and the conditions under which it was prepared and generated. Simply stating that it was confidential was not sufficient. On the other hand, potential harm to the third party was not part of the test nor, in a regulatory context such as this, was any argument that the release of the information of the information would compromise the department's ability to secure that information in future.

...

For information to be confidential, it must not be otherwise available to the public in the sense of other sources to which the public has access or of information that could be obtained by observation or independent study by a member of the public

acting alone. Secondly, it had to have originated and have been communicated with a reasonable expectation of confidence. Thirdly, whether supplied mandatorily or gratuitously, it must have been communicated in a relationship between the government and the supplying party which was either a fiduciary one or not contrary to the public interest and the fostering of which would be a public benefit.

[78] McNairn and Woodbury write about this issue as it relates to the Federal legislation at page 4-5: “The information must be confidential in an objective sense, which will be determined principally by its content . . . , its purpose, and the conditions under which it was prepared and communicated,” and meet three other conditions:

- i) it is not available from other public sources or by observation or independent study;
- ii) it originated or was communicated in a reasonable expectation of confidence; and
- iii) it was communicated, whether gratuitously or by compulsion, in a relationship, between government and the supplier, that was a fiduciary relationship or another relationship that was not contrary to the public interest and that would be fostered, for the public benefit, by confidentiality.

As an example, they suggest that in respect of an accepted public tender, the total price of the tender cannot reasonably be expected to be kept confidential, but maybe unit prices in the tenderer’s proposal could be.

[79] Application of the seven **Chesal** factors leads me to the conclusion that the supply of Accident Reports by employers to WCB may properly be considered to have been supplied in

confidence with respect to some of their contents, but not with respect to the name of the employer or the fact that an accident occurred or the type of injury incurred.

[80] The **WCA** does not contain an explicit statement of its purposes. It is clear from caselaw that the basic purpose of workers' compensation is to pay for costs associated with work related injuries. It guarantees that a worker injured on the job will receive medical treatment at no cost, periodic payments to replace lost wages, and permanent disability benefits if he or she cannot return to work. At the same time, it guarantees an employer who is mandated by law, or who chooses to purchase workers' compensation insurance, that covered workers are barred from suing that employer. I agree with WCB that complementary to the purposes of the legislation is the taking of any other measures that would tend to reduce the incidence of workplace injuries; WCB spoke in terms of education, coaching, the rate structure, warnings and surcharges to encourage stronger safety ethics and practices, and penalize poor safety records.

[81] Fundamental to a worker's ability to have the costs of his medical expenses paid and lost wages reimbursed is the requirement that any incident resulting in a workplace injury be reported.

[82] While it is easy to understand that some of the contents of an Accident Report may contain personal information for which privacy is the paramount priority, the fact of the accident is not something that one should expect, as a matter of common sense, viewed on an objective standard, would meet the narrowly interpreted entitlement to secrecy, where privacy trumps access. Other than the bald general assertion in affidavits that confidentiality was expected, there is no evidence upon which it is reasonable to expect confidentiality with respect to the fact that a workplace accident has occurred in a particular workplace.

[83] The internet excerpts of news articles in the Doreen affidavit which describe where and how workplace accidents occurred, in which articles WCB spokespersons comment on the accidents, suggest that the fact of an incident, the workplace and type of injury is not treated as confidential. As will be noted later in this decision, WCB's 2007 Annual Report and Employer

Information Guide expressly state that it is the basic right of employees to know about hazards that affect their health and safety (Guide, p. 4), and WCB “envision[s] a province where customers are less inclined to buy products or support businesses that show no regard for safe work practices. And for employees, the safety of a workplace will be an important consideration in their choice of employment.” (Report, p. 15)

[84] I agree with the Herald that WCB’s Employer Registration Form contains nothing that expressly or by implication would lead an employer to believe that communications with WCB are in confidence. To the contrary, Section 5 of that form expressly states that WCB “is subject to, and complies with, the provisions of the **Freedom of Information and Protection of Privacy Act**”; that is, the principles in the **Act** apply to their relationship.

[85] The statements in the Accident Report from which a reasonable expectation of privacy may be inferred do not relate to the disclosure sought by the Herald. The statement in the “declaration and consent” portion, that is signed by the worker, simply gives the worker notice that personal information with regards to his medical health may be shared with health care professionals and government agencies as necessary to deal with his medical condition and treatment. The other statement deals with WCB’s inability to accept reports by e-mail because of the insecurity of the internet. Neither relates to the disclosure of the names of employers with the workplace injuries.

[86] The fact that submission of an Accident Report is compulsory and vital to the purpose (and implementation) of the workers’ compensation scheme does not lead to a reasonable expectation that the fact of an accident and the type of accident is information that will be treated as confidential.

[87] The legislation, which provides a scheme that most employers are obligated to join, and which other employers (the size and type of whose operations in comparison with those who are obligated to enroll are not before the Court) join for other reasons, is indicative of a program about which confidentiality in respect of all their dealings is not a central element. WCB

submits that the scheme involves an educational component. WCB's 2007 Annual Report confirms this element of the scheme, and the rather poor workplace safety record of employers in Nova Scotia. No evidence supports the view that keeping the fact of workplace injuries, the type of injury or the names of workplaces with the poorest record secret will promote the purpose of the legislation.

[88] In the next portion of this decision further reference will be made to WCB's 2007 Annual Report. This Report contains public disclosure of much information with respect to the numbers, types and consequences of work place injuries.

[89] The most telling indication of WCB's subjective view that the names of employers with unsafe workplace practices are not to be treated as confidential is the statement at p. 15 of their 2007 Annual Report:

We [WCB] want companies large and small to recognize that competition is fiercer than ever - for both customers and potential employees. And, like the environment today, we **envision** a province where customers are less inclined to buy products or support businesses that show no regard for safe work practices. And for employees, the safety of a workplace will be an important consideration in their choice of employment. (My emphasis)

How could this vision be implemented without disclosure of the names?

[90] In summary, WCB's Annual Report is contraindicative of its submission that the supply by employers of the facts and particulars of workplace injuries is made with a reasonable expectation of confidentiality with respect to the fact that these employers have a high incidence of workplace injuries.

G.4 Harm significantly employers' competitive position, or result in similar information no longer being supplied to WCB

First elements - Significant Harm to competitive position

[91] WCB argues that the test to be applied is:

a) per Bateman, J.A. in **Chesal**: less onerous than “could reasonably be expected to result in probably harm” but greater than “a bare possibility of harm” (37);

b) per MacKay, J.A. in **Air Atonabee**: “a foundation for finding that there is an expectation of adverse effect that is not fanciful, imaginary or contrived, but rather is reasonable” (56); and,

c) per Kelly, J. in **Atlantic Highways**: “more than the possibility of some loss that the information ‘reasonably’ be expected to ‘harm *significantly*’ or ‘interfere *significantly*’ . . . [implying] a logically and rationally based threshold of ‘speculative proof’ of ‘harm’ or damages of some substance.” (45).

[92] CME-NS cites 45 in **Atlantic Highways** for the test.

[93] In its first brief, the Herald refers to the following for the test:

a) Justice Edward’s adoption in **Shannex** of the **Atlantic Highways** test, including 46 where Kelly, J. wrote that while “the release of the information may be expected to cause one or both of the categories of harm to AHC, they [AHC] have not satisfied me on the evidence to the extent that is required by subsection 21(1) that there is a sufficient prospect of the degree of harm that is contemplated by that subsection.”; and,

b) Pickup, J.’s adoption, at 59 in **Fuller**, of the Supreme Court of Canada’s statement in **Lavigne v. Canada** 2002 SCC 53: “there must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged.”

[94] In its supplementary brief, the Herald refers the Court to **Ottawa Football Club v. Canada** (1989) 24 F.T.R. 62 to the effect that the test is the reasonable prospect of probable harm, a test adopted by the Supreme Court of Nova Scotia but rejected by the Court of Appeal in **Chesal**.

[95] WCB argues that while the purpose of the **Act** is to hold public bodies accountable, disclosure of the requested information on the basis (as found by the Review Officer) that it would enable people to make informed decisions about where to work based on workplace safety, is an error in analysis. Disclosure would not hold WCB accountable or enable persons to make informed decisions about workplace safety but rather it would have the potential to embarrass unfairly 25 employers.

[96] WCB argues that logically the employer with the biggest workforce has the potential to have a higher number of workplace injuries. This does not necessarily reflect on the employer's safety culture. There is no guarantee that the released information would be put in a fair context.

[97] Second, occupational health and safety issues are complex and the presence of an employer on the "top 25" list may be unrelated to safety procedures of that employer. Disclosure "could cause potential damage to an employer's reputation and its continued viability as a business" and "the unfair embarrassment" can reasonably be expected to result in significant harm to their competitiveness position for two reasons: (i) their ability to attract employees with skills because a reasonable employment seeker is likely to be dissuaded from applying at a workplace with a perceived inadequate safety record; and (ii) unfair competitive position because competitors would use the poor performance (and presumably higher WCB premium rate) to undercut employers with poor workplace safety performances.

[98] Finally, release of the names would likely dissuade reasonable customers from buying services and products from an employer with a poor safety rating.

[99] CME-NS argues that the “top 25” employers will be unfairly associated with the stigma of an unsafe work place because “many claims are unrelated to actual accidents but can also be attributed to many other [unrelated] means”, and may result in an inability to attract employees and do business.

[100] In its first brief, the Herald argues that the fact that the information sought is no longer current is relevant. In the **Ottawa Football Club** case at 15 the Court held it difficult to believe that the injury could be causally linked to disclosure of three year old information.

[101] The Herald further argued that if the **Shannex**, **Atlantic Highways**, and **Fuller** factual matrices did not meet the threshold test of disclosure causing significant harm to a company’s competitive position, the release of the names of the 25 employers in these circumstances would not meet the threshold.

[102] In its reply brief, the Herald submits that simply alleging that disclosure of the names could affect their ability to attract employees, or could permit competitors to determine their WCB rates and undercut their prices, or deter potential customers because of a perceived unsafe workplace, without producing “any relevant and compelling evidence that would give rise to a logically and rationally based threshold of speculative proof” in support of these allegations, is not sufficient. Without evidence it is pure speculation.

[103] Finally, the Herald argued that there was no evidence tendered that expressly or inferentially could give rise to a conclusion that any possible harm would be significant.

Analysis

[104] Relevant evidence on this issue is found in WCB’s 2007 Annual Report and WCB’s Employer Information Guide, attached to Mr. Field’s affidavit. The evidence includes:

- i) “Nova Scotia has among the highest rates of work place injuries in Canada.”
(Guide, p. 1) From among 300,000 insured workers, there were 34,017 registered accident claims in 2005, 31,810 in 2006, and 32,038 in 2007. (Report, p. 1)
- ii) Employers in Nova Scotia pay the second highest rates in Canada at \$2.65 per \$100.00 of payroll. (Guide, p. 1; Report, p. 59 and 60)
- iii) WCB is one of only three underfunded WCBs in Canada (second worst only to Ontario) with over \$400 million of unfunded liabilities, and growing. (Report, p. 49)
- iv) “The cost of workplace injury insurance in Nova Scotia is driven, in large part, by the claims cost experience of a relatively small number of employers.” (Report, p. 13)
- v) As noted earlier, 12 employers in 2007 accounted for 5,980 or 18.67% of the number of new claims registered in 2007 and the 41 employers with the next highest number of new claims registered 9,930 or 30.99% of the total new claims registered (Report, p. 62). Fifty-three of the 18,508 registered employers accounted for about 50% of reported injuries. The Report does not disclose how much of the \$8.2 billion total assessable payroll they represent.
- vi) Employees have a “basic right to know about hazards that affect their health and safety”. (Guide, p. 4)
- vii) WCB instituted the “Priority Employer Program” to offer coaching services to workplaces with the greatest opportunity to improve their safety performance. (Report, p. 13)
- viii) Under the “Safety Incentive Program”, in 2007, for the first time (and after two years of warning notices) WCB issued surcharges to 79 employers with claims cost experience at least 200% worse than their industry peers for four consecutive years. In addition, 80 employers received notice that without improvement, they would be surcharged in 2009 and further 162

were notified they could see a surcharge in 2010 if their safety and return to work performance does not improve. (Report, p. 13 and 24)

ix) “We WCB want companies large and small to recognize that competition is fiercer than ever - for both customers and potential employees. And, like the environment today, we envision a province where customers are less inclined to buy products or support businesses that show no regard for safe work practices. And for employees, the safety of a workplace will be an important consideration in their choice of employment.” (Report, p. 15)

x) “Preventing work-related injury is the WCB’s number one priority.” (Report, p. 24 and 25)

xi) “Reducing work-related disability by reducing workplace injury and improving the rate of safe and timely return-to-work requires addressing socio-economic factors related to work place safety. These factors included attitudes and behaviours . . . regarding the prevention of work place injury and the importance of safe and timely return-to-work following a workplace injury.” (Report, p. 42)

xii) “Nova Scotia has an unacceptably high rate of workplace injury. On average, more than two dozen Nova Scotians are injured every day and someone dies on the job every two weeks.” (Guide, p. 1)

[105] In response to WCB’s concern that the disclosure may unfairly embarrass the named employers, the Herald filed a supplementary affidavit of Dan Leger outlining the Herald’s track record and policy of following ethical guidelines for impartiality, completeness, and contextualizing in accord with responsible journalism. I note that the four other requests made of WCB by the Herald would provide fair context for the one refused. From the Annual Report, it is clear that if WCB does not have the size of the workforces (request #2) it does have their respective total assessable payrolls, and if WCB does not have their respective safety rating

compared to their industry average (request#5) they clearly have calculated their claims cost experience in comparison with their industry peers (Report, p. 13).

[106] Nothing in the **Act** exempts the Herald, or any other recipient of the disclosure, from liability under the well-established torts of defamation, injurious falsehood, deceit, or negligence, whether or not **Qusson v. Quan** 2007 ONCA 771 (recently followed in **Grant v. Torstar** 2008 ONCA 796) is confirmed, modified, or overturned by the Supreme Court of Canada as a result of the hearing scheduled for January 13, 2009.

[107] More important to this analysis, no evidence substantiated the argument that the number of incidents suffered at the workplaces of the 25 employers with the highest number of accidents was not related to “attitudes and behaviours towards workplace safety” or was for any reason unrelated to workplace safety and attitudes and behaviours in respect thereof. There is no evidence that disclosure of the names of the 25 employers would be unfair.

[108] Generalized nonspecific statements in some affidavits opined that employers named would suffer a stigma and could be hindered in attracting employees, or competing with peers who have a better safety rating and therefore lower WCB rates, or in attracting customers. These opinions do not meet the threshold of speculative proof of significant harm. In this context, I understand ‘significant’ to mean important, and more than temporary or short term.

[109] In this analysis I have relied upon a series of decisions from New Brunswick and the Federal Court culminating in the statement of the Supreme Court of Canada in **Lavigne v. Canada**, adopted by Pickup J. in **Fuller**, that there must be a clear and direct connection between the disclosure of the specific information and the injury that are alleged.

[110] Although specifics were not put in evidence, I accept that there are more reasons than simply than an employer has a poor attitude to workplace safety that may affect the number of workplace injuries. As argued, it may simply be that the employer has a very large workforce in comparison to the other 15,507 employers. I would assume that, even though Nova Scotia’s

WCA does not require employers in many lower-risk industries to participate (WCB's 2007 Annual Report, page 41, and Counsel's oral submission), not all employment involves the same risk to employees; that is, some employers' work activities are inherently more risky. This may be by reason of both the nature of the job, and the extent to which an employer cannot fully control the elements or environment in which the work takes place.

[111] I fail to understand how employers whose names might be disclosed by reason that they have very large workforces, or are involved in inherently risky industries, should be embarrassed by disclosure, unless their incidence of workplace injuries is worse than their competitors.

[112] I accept that the disclosure of the names of the 25 employers with the most workplace accidents could embarrass them. It should only stigmatize them if they can improve their safety record and do not do so. To stigmatize means to attach a label of disgrace. It is not a disgrace to be a very large employer or to be in an industry that is inherently risky. I reject this as unsubstantiated and purely speculatively that any such embarrassment would, or should, be permanent (the respondents' word) or long term, or that it would or should significantly harm their competitive position. On the contrary, disclosure should encourage a workplace with a comparatively poor safety record to improve its safety record, and logically should make that employer more competitive in terms of attracting employees, reducing its WCB rate, and attracting customers. It can only be reasonably expected to affect them in the long term if they do not respond to the serious workplace safety problem in Nova Scotia, which WCB's Annual Report says is in large part caused by a relatively small number of employers (page 13) - incredibly, only 53, out of 18,508 total registered employers, have been the source of 49.66% (15,910) of new registered injury claims in 2007.

Second element - Similar information no longer being supplied to WCB

[113] WCB argued that about 25 to 30% of the 18,000 registered employers are not required to register, because they are not employers of more than 2 employees or do not conduct the types of business required by law to participate in the scheme. There is no evidence as to the size or

types of operations carried on by these “voluntary” registrants, except WCB’s Annual Report at page 41 where it states that, “unlike some jurisdictions, Nova Scotia does not cover many lower-risk industries”, or the reasons that they register their businesses with the workers compensation scheme. There is no evidence as to how many of the 300,000 insured workers originate from employers not required to participate. There was no evidence as to whether any of the “voluntary” registrants are amongst the 25 employers with the most workplace injuries, or the small number (53) who account for 49.66% of injuries, or the 79 employers who have been issued surcharges for having “claims cost experience” over four consecutive years 200% worse than industry peers, or the other 242 who have been issued warnings of impending surcharges (Annual Report, pp. 13 and 24).

[114] Obviously, the vast majority of employers (about 14,000) employing the vast majority of workers, are obligated to participate in the scheme. The compulsory participants are in the higher-risk industries. All participants are obligated to provide the information under the legislation. It would call for pure speculation, not supported by any evidence, to conclude that WCB would not continue to receive information from those “voluntary” registrants in the absence of any evidence that they might be among those with the poorest safety records. Furthermore, without evidence as to why employers who are not compelled to participate do participate, there is no foundation for reasonable speculation that they may withdraw from the scheme.

[115] Of concern is the fact that WCB’s 2007 Annual Report recognizes that reduction of Nova Scotia’s “unacceptably high rate of workplace injury” requires addressing attitudes and behaviours. To encourage this, WCB itself not only provides incentives such as coaching through the “Priority Employer Program” and other educational and information programs - the soft approach, but also imposes warnings and surcharges under the “Safety Incentive Program” for poor performers - a hard approach. I fail to understand how disclosure could have an adverse effect on participation by employers not compelled to participate, that the imposition of surcharges (a direct attack on the employer’s pocketbook) has not, or would not, have.

[116] The subsection - 21(1)(c)(ii) dealing with the cutoff of similar information includes the clause: “when it is in the public interest that the information continue to be supplied.” The reference to public interest makes s. 31 of the **Act** relevant. Section 31 overrides all other sections in the **Act**. It says in effect that WCB may disclose information “(a) about a risk of significant harm . . . to the health or safety of the public or a group of people; or (b) the disclosure of which is, for any other reason, clearly in the public interest”.

[117] WCB’s Annual Report says that it envisions a province where customers are less inclined to buy products and support businesses, and employees are less inclined to consider employment opportunities with employers, who have poor workplace safety records.

[118] WCB’s Annual Report and Employers Guide emphasize that Nova Scotia’s performance in respect of workplace safety is one of the worst in the country, WCB’s liabilities are seriously underfunded, and WCB sees that the effort to reduce the number of people hurt on the job is very difficult because it is, to a large extent, out of their control and within the control of those in the workplace itself.

[119] In (i) the context of WCB’s recognition of the risk of significant harm to health or safety in Nova Scotia’s workplaces, and (ii) the obvious public interest in reducing the number of workplace injuries, and (iii) their recognition that it is a “basic right” of employees to know about the hazards that affect their health and safety, and (iv) in light of s. 31 of the **Act**, it is difficult to understand how the public interest is better served by non-disclosure of the requested information, because of the possibility that some voluntary participants, whose reasons for being in the scheme and the effect upon whom of the requested disclosure is unknown, might withdraw. The concerns and objectives in WCB’s Annual Report are contraindicative of their position in this appeal.

[120] On the evidence before this court, the public interest - both in terms of:

i) the longer term impact of disclosure on the future conduct of the relatively small number of employers who are largely responsible for giving Nova Scotia one of the highest rates of workplace injuries in Canada - a matter of significant harm to the health and safety of workers; and

ii) the “basic right” of employees and potential employees to know about the hazards that affect their health and safety

is clearly better served by disclosure than the possibility that some voluntary participants might withdraw (which the evidence has not established).

H. Conclusion

[121] In summary,

a) The disclosure of the names of the 25 employers with the highest number of workplace injuries over a three year period will not disclose personal information about injured workers that could constitute an unreasonable invasion of their personal privacy per s. 20 of the **Act**.

b) The disclosure of the names of the 25 employers (I) would reveal labour relations information about the 25 employers, but (ii) would not reveal information supplied by the employers, or, if I am wrong, the information for which access is sought was not supplied with a reasonable expectation of confidentiality, and furthermore, (iii) disclosure of the names of the 25 employers could not reasonably be expected to harm significantly their competitive positions, or result in similar information no longer being supplied to WCB when it is in the public’s interest that it be supplied, per s. 21 of the **Act**.

[122] The Herald’s application is granted.

[123] If the parties cannot agree on costs, they are invited to address the Court.

J.

IN THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA

Citation: *Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, 2008 NSSC
369

Date: 20081208

Docket: 297753(A)

Registry: Halifax

Between:

The Halifax Herald Limited

Appellant

v.

The Workers' Compensation Board of Nova Scotia

Respondent

- and -

Canadian Manufacturers and Exporters Association of Nova Scotia

Intervenor

Erratum: June 8, 2009

Judge: The Honourable Justice Gregory M. Warner

Heard: October 23 and 24, 2008, in Halifax, Nova Scotia

Counsel:

Cory J. Withrow, counsel for The Halifax Herald Limited
 (“**Herald**”), appellant

David P. S. Farrar, Q.C. and Richard M. Dunlop, counsel for
 the Workers’ Compensation Board of Nova Scotia (“**WCB**”),
 respondent

Daniel W. Ingersoll and Andrew D. Taillon, counsel for
 Canadian Manufacturers and Exporters Association of Nova
 Scotia (“**CME-NS**”), intervenor

By the Court:

- [1] In Paragraph 3, subsection 21(a)(ii) should read subsection 21(1)(a)(ii) and subsection 21(c)(2) should read subsection 21(1)(c)(ii)

J.