



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2018 Vol. 3

2^e cahier, 2018 Vol. 3

Cited as [2018] 3 S.C.R. 259-480

Renvoi [2018] 3 R.C.S. 259-480

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

AUDREY-ANNE BERGERON
CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Révisseuses techniques
SANDRINE AMPLEMAN SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI CATHERINE BALOGH

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

R. v. Youssef 259

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Unreasonable verdict — Accused convicted of several offences arising out of armed bank robbery — Convictions based on circumstantial evidence of identity — Court of Appeal finding that pieces of circumstantial evidence taken together support reasonableness of verdict and exclude any reasonable alternative to guilt — Convictions upheld.

Mazraani v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. 261

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages — Use of official languages in federal courts — Hearing in Tax Court of Canada conducted primarily in English despite requests by witnesses and by counsel to speak in French — Whether language rights of parties, witnesses or counsel at hearing were violated — If so, determination of appropriate remedy — Constitution Act, 1867, s. 133 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 19 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 14, 15.

R. v. Ajise 301

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Accused appealing fraud conviction on ground that trial judge erred in admitting non-expert opinion evidence — Crown failing to specifically reference curative proviso in appeal factum or oral argument — Court of Appeal holding that treatment of evidence did not amount to reversible error, and that, even if trial judge erred, Crown raised substance of curative proviso point — Court of Appeal correct in applying curative proviso — Conviction upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Moore v. Sweet 303

Equity — Restitution — Unjust enrichment — Remedy — Constructive trust — Husband and wife separating and entering into contractual agreement pursuant to which wife will pay husband's life insurance policy premiums in order to remain named sole beneficiary of policy — Husband subsequently naming new common law spouse as beneficiary without wife's knowledge — Insurance proceeds

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Youssef 259

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de plusieurs infractions découlant d'un vol de banque à main armée — Déclarations de culpabilité basées sur une preuve circonstancielle quant à l'identité — Conclusion de la Cour d'appel portant que considérés globalement les éléments de preuve circonstancielle appuient le caractère raisonnable du verdict et excluent toute autre inférence raisonnable que la culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. 261

Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles — Emploi des langues officielles devant les tribunaux fédéraux — Audience devant la Cour canadienne de l'impôt se déroulant majoritairement en anglais malgré les demandes de témoins et d'un avocat de s'exprimer en français — Y a-t-il eu violation des droits linguistiques des parties, des témoins ou de l'avocat lors de l'audience? — Si oui, quelle est la réparation appropriée? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 19 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.), art. 14, 15.

R. c. Ajise 301

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour fraude au motif que le juge du procès a fait erreur en admettant un témoignage d'opinion fourni par un non-expert — Absence de mention explicite par la Couronne de la disposition réparatrice dans son mémoire ou sa plaidoirie en appel — Conclusion de la Cour d'appel portant que la façon dont la preuve a été traitée ne constituait pas une erreur donnant ouverture à révision et que, même si le juge du procès avait commis une erreur, l'essence de la disposition réparatrice avait été soulevée par la Couronne — Disposition réparatrice appliquée à juste titre par la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité confirmée — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Moore c. Sweet 303

Equity — Restitution — Enrichissement sans cause — Réparation — Fiducie par interprétation — Conclusion par un époux et une épouse d'une entente contractuelle à la suite de leur séparation aux termes de laquelle l'épouse paiera les primes de la police d'assurance-vie de l'époux afin de demeurer la seule bénéficiaire de la police — Désignation subséquente par l'époux de sa nouvelle conjointe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

payable to common law spouse on husband's death despite wife having continued to pay premiums — Whether common law spouse unjustly enriched at wife's expense — If so, whether constructive trust is appropriate remedy.

Insurance — Life insurance — Beneficiary designation — Wife designated as revocable beneficiary of husband's life insurance policy — After separation, wife agreeing to continue to pay policy premiums to maintain beneficiary designation — Husband subsequently designating new common law spouse as irrevocable beneficiary without wife's knowledge — Insurance proceeds payable to common law spouse on husband's death — Whether designation of common law spouse as irrevocable beneficiary in accordance with statute precludes recovery for wife with prior claim to benefit of policy — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 190, 191.

R. v. Vice Media Canada Inc. 374

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Media — Framework governing applications by police for search warrants and production orders — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Whether current framework provides adequate protection to media in view of special role it plays in free and democratic society — Whether production order validly issued — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Criminal law — Production orders — Standard of review — Notice — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Standard of review applicable to production and other investigative orders relating to media — Whether presumptive notice requirement should be imposed when police seeking production order or search warrant in relation to media — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.014.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de fait comme bénéficiaire à l'insu de l'épouse — Produit de l'assurance payable à la conjointe de fait au décès de l'époux même si l'épouse a continué de payer les primes — La conjointe de fait s'est-elle enrichie sans cause au détriment de l'épouse? — Dans l'affirmative, une fiducie par interprétation est-elle une réparation convenable?

Assurances — Assurance-vie — Désignation à titre de bénéficiaire — Épouse désignée à titre de bénéficiaire révocable de la police d'assurance-vie de son époux — Épouse consentant, après la séparation, à continuer de payer les primes de la police afin de maintenir son statut de bénéficiaire — Désignation subséquente par l'époux de sa nouvelle conjointe de fait comme bénéficiaire irrévocable à l'insu de l'épouse — Produit de l'assurance payable à la conjointe de fait au décès de l'époux — La désignation de la conjointe de fait comme bénéficiaire irrévocable en conformité avec la loi fait-elle obstacle au recouvrement en faveur de l'épouse ayant un droit antérieur au bénéfice de la police? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 190, 191.

R. c. Média Vice Canada Inc. 374

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Média — Cadre d'analyse applicable aux demandes visant l'obtention de mandats de perquisition et d'ordonnances de communication présentées par la police — Obtention par la police d'une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Le cadre d'analyse actuel offre-t-il une protection suffisante aux médias compte tenu du rôle particulier qu'ils jouent dans une société libre et démocratique? — L'ordonnance de communication a-t-elle été délivrée valablement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit criminel — Ordonnances de communication — Norme de contrôle — Préavis — Obtention par la police d'une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Norme de contrôle applicable aux ordonnances de communication et à d'autres ordonnances d'investigation en lien avec les médias — Y a-t-il lieu d'imposer une obligation présumée de signifier un avis lorsque la police sollicite une ordonnance de communication ou un mandat de perquisition en lien avec un média? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 487.014.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Cyr-Langlois 456

Criminal law — Driving with blood alcohol level over legal limit — Evidence — Statutory presumptions of accuracy and identity for breathalyzer test results — Burden of proof for rebutting presumptions — Scope of evidence that must be adduced to rebut presumptions — Whether evidence that is purely theoretical is sufficient to show that improper operation of breathalyzer tends to cast doubt on reliability of results — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Cyr-Langlois 456

Droit criminel — Conduite avec alcoolémie supérieure à la limite légale — Preuve — Présomptions légales d'exactitude et d'identité des résultats d'alcootest — Fardeau de preuve pour réfuter les présomptions — Quelle est l'étendue de la preuve à présenter pour réfuter les présomptions? — Une preuve purement théorique est-elle suffisante pour démontrer que l'utilisation incorrecte de l'alcootest tend à mettre en doute la fiabilité des résultats? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c).

Abdullah Youssef *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. YOUSSEF****2018 SCC 49**

File No.: 38036.

2018: November 9.

Present: Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Unreasonable verdict — Accused convicted of several offences arising out of armed bank robbery — Convictions based on circumstantial evidence of identity — Court of Appeal finding that pieces of circumstantial evidence taken together support reasonableness of verdict and exclude any reasonable alternative to guilt — Convictions upheld.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Feldman and Blair J.J.A.), 2018 ONCA 16, [2018] O.J. No. 140 (QL), 2018 CarswellOnt 227 (WL Can.), affirming the convictions of the accused. Appeal dismissed.

Richard Litkowski and Jessica Zita, for the appellant.

Kevin Rawluk, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] CÔTÉ J. — In our view, having regard to the principles set out by this Court in *R. v. Villaroman*,

Abdullah Youssef *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. YOUSSEF****2018 CSC 49**

N° du greffe : 38036.

2018 : 9 novembre.

Présents : Les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable de plusieurs infractions découlant d'un vol de banque à main armée — Déclarations de culpabilité basées sur une preuve circonstancielle quant à l'identité — Conclusion de la Cour d'appel portant que considérés globalement les éléments de preuve circonstancielle appuient le caractère raisonnable du verdict et excluent toute autre inférence raisonnable que la culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Feldman et Blair), 2018 ONCA 16, [2018] O.J. No. 140 (QL), 2018 CarswellOnt 227 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Richard Litkowski et Jessica Zita, pour l'appellant.

Kevin Rawluk, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE CÔTÉ — À notre avis, eu égard aux principes énoncés par notre Cour dans *R. c. Villaroman*,

2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 55, it was not unreasonable for the trial judge to conclude that the evidence as a whole excluded all reasonable alternatives to guilt, especially given the presence of Mr. Youssef's DNA on two different pieces of evidence, one of which was connected to the scene of the bank robbery, and the other to the getaway car. When the trial judge's reasons are read as a whole, and in the context of the evidence and the arguments at trial, we are not persuaded that the trial judge ignored other potential explanations.

[2] We would therefore dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.

Solicitor for the respondent: Crown Law Office — Criminal, Toronto.

2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, par. 55, il n'était pas déraisonnable pour le juge du procès de conclure que l'ensemble de la preuve excluait toute autre inférence raisonnable que la culpabilité, particulièrement en raison de la présence de l'ADN de M. Youssef sur deux éléments de preuve différents, dont l'un était lié à la scène du vol de banque, et l'autre à la voiture utilisée par le voleur pour prendre la fuite. Après avoir considéré les motifs du juge du procès globalement et au regard de la preuve et des arguments présentés au procès, nous ne sommes pas persuadés que ce dernier a fait abstraction d'autres explications possibles.

[2] Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.

Procureur de l'intimée : Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.

Kassem Mazraani *Appellant*

v.

Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. and Minister of National Revenue *Respondents*

and

Barreau du Québec, Canadian Bar Association, Association des juristes d'expression française de l'Ontario and Commissioner of Official Languages for Canada *Interveners*

INDEXED AS: MAZRAANI v. INDUSTRIAL ALLIANCE INSURANCE AND FINANCIAL SERVICES INC.

2018 SCC 50

File No.: 37642.

2018: May 16; 2018: November 16.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages — Use of official languages in federal courts — Hearing in Tax Court of Canada conducted primarily in English despite requests by witnesses and by counsel to speak in French — Whether language rights of parties, witnesses or counsel at hearing were violated — If so, determination of appropriate remedy — Constitution Act, 1867, s. 133 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 19 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 14, 15.

In 2012, M was working as an insurance representative for Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. After his contract with Industrial, which stipulated that he was self-employed, was terminated, M asked the Canada Employment Insurance Commission to consider this employment to be insurable employment so

Kassem Mazraani *Appellant*

c.

Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. et Ministre du Revenu national *Intimées*

et

Barreau du Québec, Association du Barreau canadien, Association des juristes d'expression française de l'Ontario et Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MAZRAANI c. INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS INC.

2018 CSC 50

N° du greffe : 37642.

2018 : 16 mai; 2018 : 16 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles — Emploi des langues officielles devant les tribunaux fédéraux — Audience devant la Cour canadienne de l'impôt se déroulant majoritairement en anglais malgré les demandes de témoins et d'un avocat de s'exprimer en français — Y a-t-il eu violation des droits linguistiques des parties, des témoins ou de l'avocat lors de l'audience? — Si oui, quelle est la réparation appropriée? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 19 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.), art. 14, 15.

En 2012, M travaille comme représentant en assurances auprès d'Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. Lorsque son contrat avec Industrielle, qui stipule qu'il est un travailleur autonome, est résilié, M demande à la Commission de l'assurance-emploi du Canada de considérer ce travail comme un emploi assurable afin d'obtenir

that he could obtain employment insurance benefits. The Commission refused to do so, and its refusal was upheld by the Canada Revenue Agency. M took the case to the Tax Court of Canada (“TCC”). Industrial intervened as a party in the TCC because the case was calling its business model into question, and it also examined most of the witnesses and presented the legal arguments in support of the position that M’s contract was a contract for services and not a contract of employment.

At the hearing in the TCC, when Industrial’s first witness stated that he wished to testify in French, the judge asked M if he would need an interpreter, and M answered that he would. The judge informed counsel for Industrial that if the witness testified in French, the hearing would have to be adjourned until another day so that an interpreter could attend. Further to a suggestion by counsel for Industrial, the witness testified in English, using a few words in French where necessary. During the rest of the hearing, some of the other witnesses as well as counsel for Industrial also indicated that they wanted to speak in French, but the judge asked them to speak in English instead and steered the testimony, and the presentation of counsel’s argument, back to English. He no longer mentioned the possibility of calling in an interpreter. The judge decided the appeal in M’s favour. Industrial appealed the TCC’s decision on the ground that the language rights of its witnesses and counsel had been violated. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new hearing before a different judge.

Held: The appeal should be dismissed.

The language rights of several witnesses and of counsel for Industrial were violated. A new hearing before a different judge of the TCC is necessary in the circumstances.

All persons who appear in federal courts must be able to freely exercise their fundamental and substantive right to speak in the official language of their choice. Two legislative provisions, namely s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 19 of the *Charter*, protect the right to use English and French in those courts, which include the TCC. In addition, the language rights of a quasi-constitutional nature that are provided for in the *Official Languages Act* (“OLA”) govern the exercise of the constitutional rights in federal courts such as the TCC: s. 14 of the OLA guarantees that any person has the right to use the official language of his or her choice, while s. 15 guarantees that each party has the right to an interpreter. The federal courts to which these sections apply must provide the resources and procedures that are needed in order to

des prestations d’assurance-emploi. La Commission refuse, et ce refus est confirmé par l’Agence du revenu du Canada. M porte l’affaire devant la Cour canadienne de l’impôt (« CCI »). Puisque le litige remet en question le modèle d’affaire d’Industrielle, celle-ci intervient devant la CCI en tant que partie, et présente la majorité des témoins ainsi que l’argumentation juridique au soutien de la thèse selon laquelle le contrat de M est un contrat de service, et non un contrat de travail.

Lors de l’audience devant la CCI, lorsque le premier témoin d’Industrielle indique vouloir témoigner en français, le juge demande à M s’il aura besoin d’un interprète et celui-ci répond par l’affirmative. Le juge informe l’avocat d’Industrielle que si le témoignage est livré en français, l’audience devra être reportée à un autre jour afin qu’un interprète soit présent. À la suggestion de l’avocat d’Industrielle, le témoignage procède en anglais en utilisant quelques mots en français lorsque nécessaire. Au cours du reste de l’audience, certains des autres témoins ainsi que l’avocat d’Industrielle manifestent également le désir de s’exprimer en français, mais le juge les invite plutôt à s’exprimer en anglais et ramène les témoignages et la plaidoirie de l’avocat vers l’anglais. Il ne mentionne plus la possibilité de convoquer un interprète. Le juge tranche l’appel en faveur de M. Industrielle porte en appel le jugement de la CCI au motif que les droits linguistiques de ses témoins et de son avocat ont été enfreints. La Cour d’appel fédérale accueille l’appel et ordonne la tenue d’une nouvelle audience devant un juge différent.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les droits linguistiques de plusieurs témoins et de l’avocat d’Industrielle ont été violés. La tenue d’une nouvelle audience devant un juge différent de la CCI s’impose dans les circonstances.

Toute personne se présentant devant les tribunaux fédéraux doit pouvoir exercer librement son droit fondamental et substantiel de s’exprimer dans la langue officielle de son choix. Les dispositions législatives inscrites à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l’art. 19 de la *Charte* protègent le droit d’employer le français et l’anglais devant ces tribunaux, y compris la CCI. De plus, les droits linguistiques de nature quasi constitutionnelle prévus à la *Loi sur les langues officielles* (« LLO ») aménagent l’exercice des droits constitutionnels devant les tribunaux fédéraux comme la CCI : l’art. 14 de cette loi garantit à chacun le droit de s’exprimer dans la langue officielle de son choix et l’art. 15 garantit aux parties le droit à un interprète. Les tribunaux fédéraux visés par ces dispositions doivent prévoir les ressources et les procédures nécessaires

respond to requests from parties and witnesses under these sections, even where a hearing is conducted in accordance with an informal or simplified procedure. The principles established in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, must guide the interpretation of any right that is intended to protect the equal status of the official languages. Language rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada. As for the rights provided for in the *OLA*, they will not help achieve the *OLA*'s objectives unless all members of the community can exercise them and are provided with the means to do so.

Judges of the courts in question are required to participate actively in protecting the language rights of the individuals involved. It is they who are primarily responsible for upholding language rights. A purposive reading of s. 19(1) of the *Charter* requires that the court attach the utmost importance to the protection of each person's right to speak in the official language of his or her choice. The courts are also responsible for discharging this duty in light of the very words of s. 14 of the *OLA*. If a judge of one of these courts asks a person to speak in an official language other than the language of the person's choice, this constitutes a violation of s. 14 of the *OLA*, s. 19 of the *Charter* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Although lawyers have certain ethical duties that could be violated should they fail to inform their clients and the witnesses they call of their language rights, these duties are complementary to that of the judge and do not relieve the judge of his or her responsibilities in this regard. Moreover, the *OLA* requires that in every case the federal courts provide interpretation services at the request of a party. When a judge of one of these courts sees that one party's testimony or argument will be presented in an official language the other party does not understand, the judge must inform the other party of his or her right to an interpreter.

Language rights protect a person's right to make a personal choice to speak in one official language. The right is not a right to speak in one's mother tongue or in a language that the court deems to be the person's language: it is the right to make a personal choice. That choice does not depend on external factors such as the person's command of the chosen language. The courts concerned must protect the free and informed nature of each person's choice to speak in one official language rather than the other by, in particular, being certain that all witnesses are well aware of their right to speak in the official language of their choice before testifying. The right to speak in one official

pour répondre aux demandes des parties et des témoins en vertu de ces dispositions, et ce, même lorsqu'une audience suit une procédure informelle ou allégée. Les principes établis dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, doivent guider l'interprétation de tout droit censé protéger l'égalité de statut des langues officielles. Les droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada. Pour leur part, les droits prévus par la *LLO* ne permettront d'atteindre les objectifs énoncés par celle-ci que si tous les membres de la collectivité peuvent les exercer et si des moyens leur sont fournis pour qu'ils puissent le faire.

Les juges des tribunaux visés doivent contribuer activement à la protection des droits linguistiques des personnes impliquées. C'est d'abord à eux qu'il incombe de veiller au respect des droits linguistiques. Une lecture téléologique du par. 19(1) de la *Charte* exige que la protection du droit de chacun de s'exprimer dans la langue officielle de son choix se voie accorder une importance primordiale par le tribunal. Cette obligation incombe aussi aux tribunaux aux termes mêmes de l'art. 14 de la *LLO*. Si un juge d'un de ces tribunaux demande à une personne de s'exprimer dans une autre langue officielle que celle de son choix, il y a violation des art. 14 de la *LLO*, 19 de la *Charte* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que les avocats soient tenus de respecter certaines obligations déontologiques auxquelles ils pourraient faillir en omettant d'informer leurs clients et les témoins qu'ils appellent de leurs droits linguistiques, ces obligations sont complémentaires à celle du juge et ne relèvent pas ce dernier de ses responsabilités en la matière. De plus, la *LLO* oblige dans tous les cas les tribunaux fédéraux à offrir les services d'un interprète sur demande d'une des parties. Les juges de ces tribunaux doivent informer une partie qui ne comprend pas une langue officielle de son droit à un interprète lorsqu'ils constatent qu'un témoignage ou une plaidoirie aura lieu dans cette langue officielle.

Les droits linguistiques protègent le droit d'une personne de faire un choix personnel de s'exprimer dans une langue officielle. Le droit n'est pas celui de s'exprimer dans sa langue maternelle ou dans une langue que le tribunal juge être celle de la personne : il s'agit du droit de faire un choix personnel. Ce choix ne dépend pas de facteurs externes, comme la maîtrise de la langue choisie. Les tribunaux visés doivent protéger le caractère libre et éclairé du choix de chacun de s'exprimer dans une langue officielle plutôt que l'autre, notamment en n'ayant aucun doute que chaque témoin est bien au fait de son droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix avant

language is subject to no particular form. The presence of a party who is not represented by counsel does not result in the suspension of anyone's fundamental language rights.

Where the language rights of a party or of his or her counsel are not upheld, the appropriate remedy will generally be to order a new hearing. Any remedy that is granted must support the achievement of the objective of these fundamental rights, and only a new process conducted in a manner respectful of everyone's rights will normally represent a true affirmation of language rights. The fact that a violation has had no impact on the fairness of the hearing is not relevant to the remedy. If a remedy is sought for the violation of a witness's language rights, a connection between that violation and the party who is asking for a new hearing must be established precisely, bearing in mind that the courts should favour the existence of effective remedies for violations of witnesses' language rights. In deciding on the appropriate remedy, a court can consider the degree of connection between the violations in question and the rights and interests of the party who is asking for a new hearing as well as the lawyer's conduct or interventions. The remedy must not be disproportionate in relation to the scale of the violation, its recurrence and its impact on personal dignity. A short-term violation or one that is relatively harmless for its victim, or a violation that seems to have been raised for purely tactical purposes, might not justify ordering a new hearing. Furthermore, practical considerations might justify a court's contemplating a remedy other than a new hearing, such as awarding costs or declaring that the rights of a party or a witness were violated.

Here, the language rights of several individuals who participated in this case were infringed at the hearing in the TCC. First of all, the right of Industrial's first witness to be heard in the official language of his choice was violated when the judge asked him to choose between having the hearing adjourned and testifying in English. Next, the right of a witness of the Minister of National Revenue to testify in the official language of her choice seems to have been subordinated to M's authorization. Then there was a clear and serious violation of the constitutional right of two of Industrial's other witnesses to speak in the official language of their choice when the judge denied one of them the right to speak in French despite the witness's having clearly asked to do so and when he insisted that the other testify primarily in English. Moreover, the judge violated the rights of counsel for Industrial by denying him

le début de son témoignage. Le droit de s'exprimer dans une langue officielle n'est soumis à aucune forme particulière. La présence d'une partie non représentée par avocat n'entraîne pas la suspension des droits linguistiques fondamentaux de quiconque.

Lorsque les droits linguistiques d'une partie ou de son avocat ne sont pas respectés, la réparation convenable sera généralement la tenue d'une nouvelle audience. Toute réparation accordée doit permettre la réalisation de l'objet de ces droits fondamentaux et normalement seule la reprise du processus dans le respect des droits de tous représente une réelle affirmation des droits linguistiques. La réparation n'est pas influencée par l'absence d'incidence sur l'équité de l'audience. Si une réparation est demandée pour la violation des droits linguistiques d'un témoin, un lien entre cette violation et la partie qui demande une nouvelle audience devra être établi avec rigueur tout en tenant compte du fait que les tribunaux devraient favoriser l'existence de réparations efficaces des violations des droits linguistiques des témoins. Au moment de décider quelle réparation est convenable, il y aura lieu d'examiner le degré de connexité entre les violations reprochées et les droits et intérêts de la partie qui demande une nouvelle audience ainsi que le comportement ou les interventions de l'avocat. La réparation ne devra pas être disproportionnée par rapport à l'ampleur de la violation, sa persistance et son incidence sur la dignité de l'individu. Une violation de courte durée ou peu préjudiciable à la personne qui la subit, de même qu'une violation qui paraît soulevée à des fins purement stratégiques, pourraient ne pas justifier la tenue d'une nouvelle audience. De plus, des considérations d'ordre pratique pourraient justifier le tribunal d'envisager une réparation autre qu'une nouvelle audience, comme accorder les dépens ou déclarer que les droits d'une partie ou d'un témoin ont été enfreints.

En l'espèce, les droits linguistiques de plusieurs des personnes ayant pris part à cette affaire ont été enfreints lors de l'audience devant la CCI. D'abord, le droit du premier témoin d'Industrielle d'être entendu dans la langue officielle de son choix a été violé lorsque le juge lui a demandé de choisir entre reporter l'audience ou témoigner en anglais. Ensuite, le droit d'un témoin de la ministre du Revenu national de témoigner dans la langue officielle de son choix a semblé être subordonné à l'autorisation de M. Puis, il y a eu violation claire et grave du droit constitutionnel de deux autres témoins d'Industrielle de s'exprimer dans la langue officielle de leur choix lorsque l'un d'eux s'est vu refuser le droit de s'exprimer en français par le juge, malgré sa demande claire à cet effet, et lorsque le juge a insisté pour que le témoignage de l'autre témoin se déroule principalement en anglais. De plus, les droits de

the right to present his argument in French. Finally, M's right to an interpreter was violated.

These violations were numerous, and they had an undeniable impact on the witnesses and the parties, on the conduct of the hearing and even on its outcome. They brought the administration of justice into disrepute. Nothing in the record suggests that these witnesses "waived" their right to testify in French and that counsel for Industrial did so in respect of his right to present his argument in French when the judge accepted the offer of counsel for Industrial to have his first witness speak in English, or that they themselves made a free and informed choice to speak in English. Counsel for Industrial took appropriate steps to assert his own rights as well as the rights of his client and his witnesses. His choice to defer to the judge's instructions resulted from the judge's insistence and was not a tactical move. The order for a new hearing was therefore fully justified.

Cases Cited

Applied: *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; **referred to:** *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *R. v. Dow*, 2009 QCCA 478, [2009] R.J.Q. 679; *Pintea v. Johns*, 2017 SCC 23, [2017] 1 S.C.R. 470; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *Belende v. Patel*, 2008 ONCA 148, 89 O.R. (3d) 494; *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 646; *R. v. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 641; *Kilrich Industries Ltd. v. Halotier*, 2007 YKCA 12, 161 C.R.R. (2d) 331; *Ewonde v. Canada*, 2017 FCA 112; *Beaudoin v. Canada*, [1993] 3 F.C. 518; *Doucet-Boudreau v. Nova-Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 14, 19, 24(1).
Code of Professional Conduct of Lawyers, CQLR, c. B-1, r. 3.1, s. 23.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 530.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, Part IV.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 31, 93, 283, 314, 347.
Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 2, 14, 15, 58 et seq.
Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, ss. 18.15, 18.29(1)(b).

l'avocat d'Industrielle ont été violés lorsque le juge lui a refusé le droit de plaider en français. Finalement, le droit de M à un interprète a été violé.

Ces violations ont été multiples et elles ont eu une incidence indéniable sur les témoins, les parties et sur le déroulement de l'audience, voire sur son résultat. Elles déconsidèrent l'administration de la justice. Rien au dossier ne permet de soutenir que les témoins et l'avocat d'Industrielle ont « renoncé » à leur droit de témoigner ou de plaider en français lorsque le juge a accepté l'offre de l'avocat d'Industrielle voulant que son premier témoin s'exprime en anglais ou qu'ils ont choisi d'eux-mêmes de manière libre et éclairée de parler en anglais. L'avocat d'Industrielle a pris des mesures appropriées pour revendiquer ses propres droits, ainsi que les droits de sa cliente et de ses témoins. Son choix de s'en remettre aux instructions du juge résulte de l'insistance de ce dernier, et non d'une manœuvre stratégique. Ainsi, l'ordonnance intimant la tenue d'une nouvelle audience est amplement justifiée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *R. c. Dow*, 2009 QCCA 478, [2009] R.J.Q. 679; *Pintea c. Johns*, 2017 CSC 23, [2017] 1 R.C.S. 470; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Belende c. Patel*, 2008 ONCA 148, 89 O.R. (3d) 502; *R. c. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 691; *R. c. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 654; *Kilrich Industries Ltd. c. Halotier*, 2007 YKCA 12; *Ewonde c. Canada*, 2017 CAF 112; *Beaudoin c. Canada*, [1993] 3 C.F. 518; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 14, 19, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 530.
Code de déontologie des avocats, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 23.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23, partie IV.
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 18.15, 18.29(1)(b).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.), art. 2, 14, 15, 58 et suiv.
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a, art. 101, 102, 123, formulaire 123.

Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688a, ss. 101, 102, 123, Form 123.

Tax Court of Canada Rules (Informal Procedure), SOR/90-688b.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons*, September 2006 (online: https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_PrinciplesStatement_2006_en.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/csodce/2018SCC-CSC50_1_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Gauthier, Boivin and de Montigny J.J.A.), 2017 FCA 80, [2018] 1 F.C.R. 495, 2017 D.T.C. 5046, [2017] F.C.J. No. 374 (QL), 2017 CarswellNat 1457 (WL Can.), quashing a decision of Archambault J. of the Tax Court of Canada, 2016 TCC 65, [2016] T.C.J. No. 67 (QL), 2016 CarswellNat 1132 (WL Can.). Appeal dismissed.

Cameron Fiske, David Milosevic, Caroline Garrod and David Cassin, for the appellant.

Yves Turgeon, Michael Shortt and Paul Côté-Lépine, for the respondent Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.

Marc Ribeiro, for the respondent the Minister of National Revenue.

Sylvie Champagne, for the intervener Barreau du Québec.

Nicolas M. Rouleau, for the intervener the Canadian Bar Association.

François Larocque and Sara-Marie Scott, for the intervener Association des juristes d'expression française de l'Ontario.

Élie Ducharme and Christine Ruest Norrena, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure informelle), DORS/90-688b.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 31, 93, 283, 314, 347.

Doctrine et autres documents cités

Conseil canadien de la magistrature. *Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat*, septembre 2006 (en ligne : https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_PrinciplesStatement_2006_fr.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC50_1_fra.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Gauthier, Boivin et de Montigny), 2017 CAF 80, [2018] 1 R.C.F. 495, 2017 D.T.C. 5046, [2017] A.C.F. n° 374 (QL), 2017 CarswellNat 1458 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt, 2016 CCI 65, [2016] A.C.I. n° 67 (QL), 2016 CarswellNat 7151 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Cameron Fiske, David Milosevic, Caroline Garrod et David Cassin, pour l'appelant.

Yves Turgeon, Michael Shortt et Paul Côté-Lépine, pour l'intimée Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.

Marc Ribeiro, pour l'intimée la Ministre du Revenu national.

Sylvie Champagne, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Nicolas M. Rouleau, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

François Larocque et Sara-Marie Scott, pour l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario.

Élie Ducharme et Christine Ruest Norrena, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

GASCON AND CÔTÉ JJ. —

I. Overview

[1] In Canada, the right to speak in the official language of one's choice in certain courts is a fundamental and substantive right that is recognized in both constitutional and quasi-constitutional laws. Any person who appears in the courts in question must be able to exercise this right freely. When a person asks a judge of one of these courts for permission to speak in the official language of his or her choice, the judge's answer must be yes.

[2] That is not what happened at a hearing in the Tax Court of Canada ("TCC"), however. Some of the witnesses as well as counsel for one of the parties indicated that they wanted to speak in French, but the judge presiding the case asked them to speak in English instead so as to accommodate one of the parties, who was unilingual. Confusing the rights of the various people involved in the case, the judge prevented the witnesses and counsel from speaking in French in the absence of an interpreter to translate what they had to say into English. In so doing, he violated the fundamental language rights of all these individuals. As for the unilingual party, he had a separate right under the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.) ("*OLA*"), to have an interpreter translate the testimony and pleadings for him, but he did not benefit from this right despite having indicated that he wanted to avail himself of it. The Federal Court of Appeal ("FCA") ordered that a new hearing be held before a different judge. We agree that this is what is required in the circumstances.

[3] This appeal affords this Court an opportunity to consider the duties judges and lawyers must discharge in order to protect the language rights of individuals involved in proceedings in certain courts as well as the remedies that are available when those rights are not upheld. In our opinion, a purposive interpretation of the language rights in question leads to the conclusion that judges are required to

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES GASCON ET CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Au Canada, le droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix devant certains tribunaux est un droit fondamental et substantiel, reconnu par des lois de nature constitutionnelle et quasi constitutionnelle. Toute personne se présentant devant ces tribunaux doit pouvoir l'exercer librement. Lorsqu'une personne demande à un juge de ces tribunaux si elle peut s'exprimer dans la langue officielle de son choix, une réponse affirmative s'impose.

[2] Lors d'une audience devant la Cour canadienne de l'impôt (« CCI »), ce ne fut toutefois pas le cas. Certains des témoins ainsi que l'avocat d'une partie au litige ont manifesté le désir de s'exprimer en français, mais le juge saisi de l'affaire les a plutôt invités à le faire en anglais afin de se montrer accommodant envers l'une des parties qui était unilingue. Confondant les droits des différentes personnes en cause, le juge a fait en sorte que les témoins et l'avocat ne puissent s'exprimer en français en l'absence d'un interprète pour traduire leurs propos en anglais. Ce faisant, il a porté atteinte aux droits linguistiques fondamentaux de toutes ces personnes. Quant à la partie unilingue qui avait le droit distinct à un interprète pour traduire les témoignages et plaidoiries en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.) (« *LLO* »), elle n'en a pas bénéficié même si elle avait exprimé le souhait de s'en prévaloir. La Cour d'appel fédérale (« CAF ») a ordonné la tenue d'une nouvelle audience devant un juge différent. Nous sommes d'accord pour conclure que cela s'impose dans les circonstances.

[3] Ce pourvoi permet à notre Cour de se pencher sur les obligations qui échoient aux juges et aux avocats afin de protéger les droits linguistiques des personnes impliquées dans des procédures devant certains tribunaux, ainsi que sur les réparations possibles lorsque ces droits ne sont pas respectés. À notre avis, interprétés de manière téléologique, ces droits linguistiques exigent que le juge contribue

participate actively in protecting them. While it is true that lawyers have a role to play in this regard in accordance with their ethical duties, a lawyer's failure to intervene does not release a judge from his or her duties. When language rights are violated, the appropriate remedy will generally be to order a new hearing.

II. Background

(1) Origin of the Case

[4] In 2012, the appellant, Kassem Mazraani, was working as a personal insurance representative for the respondent Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. ("Industrial"). His contract stipulated that he was self-employed. After six months, Industrial terminated the contract, which it was entitled to do if a representative failed to make any sales for five consecutive weeks.

[5] Following the termination, Mr. Mazraani asked the Canada Employment Insurance Commission to consider this employment to be insurable employment, which would enable him to obtain employment insurance benefits. To that end, he sought a determination that he had been an employee of Industrial. The Commission concluded that his employment had not been insurable employment. In accordance with the procedure set out in the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("EIA"), Mr. Mazraani appealed the Commission's decision to the Canada Revenue Agency ("CRA"), which upheld it. He then took the case to the TCC. He was not represented by counsel in that court.

(2) Individuals and Entities Involved in the TCC Proceedings

[6] At first, Mr. Mazraani and the other respondent, the Minister of National Revenue ("MNR"), were the only parties in the TCC proceedings. The MNR was defending the CRA's decision under the *EIA*. Industrial intervened as a party in the TCC because the case was calling its business model into question. Mr. Mazraani was in fact one of 400 insurance representatives who had signed the same contract with Industrial and were working in similar conditions

activement à leur protection. Bien que les avocats aient un rôle à jouer à cet égard en vertu de leurs obligations déontologiques, leur non-intervention ne relève pas les juges de leurs obligations. Lorsque ces droits ne sont pas respectés, la réparation convenable sera généralement la tenue d'une nouvelle audience.

II. Contexte

(1) L'origine du litige

[4] En 2012, l'appelant, Kassem Mazraani, travaille comme représentant en assurances de personnes auprès de l'intimée Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. (« Industrielle »). Son contrat stipule qu'il est un travailleur autonome. Au bout de six mois, Industrielle résilie le contrat en vertu de son droit d'y mettre fin lorsqu'un représentant n'effectue aucune vente pendant cinq semaines consécutives.

[5] À la suite de cette résiliation, M. Mazraani demande à la Commission de l'assurance-emploi du Canada de considérer ce travail comme un emploi assurable, ce qui lui permettrait d'obtenir des prestations d'assurance-emploi. À cette fin, il tente de faire reconnaître qu'il était un employé d'Industrielle. La Commission conclut que son travail n'est pas un emploi assurable. Suivant la procédure prévue à la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (« LAE »), M. Mazraani fait appel de cette décision auprès de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), qui la confirme. Il porte ensuite l'affaire devant la CCI. Il n'y est pas représenté par avocat.

(2) Les personnes et entités impliquées devant la CCI

[6] Au départ, le litige devant la CCI n'oppose que M. Mazraani et l'autre intimée, la ministre du Revenu national (« MRN »). Celle-ci défend la décision prise par l'ARC en vertu de la *LAE*. Puisque le litige remet en question son modèle d'affaires, Industrielle intervient en tant que partie devant la CCI. M. Mazraani est en effet l'un de 400 représentants en assurances ayant signé le même contrat avec Industrielle et travaillant dans des conditions

for 50 agencies that all followed the same model for the training of and services to representatives. A conclusion that Mr. Mazraani was an employee could therefore affect the status of those 400 representatives both under the *EIA* and under the *Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, the *Act respecting occupational health and safety*, CQLR, c. S-2.1, the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, and the *Labour Code*, CQLR, c. C-27.

[7] Because of the issues raised by this case, it was Industrial that called most of the witnesses in the TCC proceedings. Indeed, the MNR called only one witness, Ms. Lambert, the CRA officer who had made the ruling that was being appealed. Her testimony was peripheral, because the exercise of characterizing the contract between Mr. Mazraani and Industrial had to be performed anew in the TCC. Industrial called all the key witnesses, including Mr. Michaud, its senior vice-president, sales and administration, who described the company and its human resources structure; Ms. Beaudet, a lawyer working for Industrial, who outlined the representatives' contracts and Industrial's legal obligations to its representatives; Mr. Charbonneau and Ms. Woo, two other representatives who were self-employed in theory and who testified about their respective relationships with Industrial; and, finally, Mr. Leclerc, an employee of Industrial who was the manager of the agency where Mr. Mazraani worked and who explained his relationship with his representatives and with Mr. Mazraani.

[8] Moreover, the MNR left it to Industrial to present the legal arguments in support of the position that Mr. Mazraani's contract was a contract for services and not a contract of employment. Indeed, the argument of counsel for the MNR in the TCC is limited to 7 pages of the transcript, while that of counsel for Industrial, Mr. Turgeon, takes up over 200 pages.

(3) Conduct of the Hearing in the TCC

[9] The rules of procedure that generally apply in TCC proceedings provide for a mechanism by which

similaires auprès de 50 agences qui appliquent toutes le même modèle en matière de formation et de services aux représentants. Une conclusion selon laquelle M. Mazraani était un employé pourrait ainsi avoir une incidence sur le statut de ces 400 représentants tant sous le régime de la *LAE* que sous celui de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1, de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, et du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27.

[7] Compte tenu des enjeux que soulève cette affaire, c'est Industrielle qui présente la majorité des témoins devant la CCI. La MRN appelle de fait un seul témoin, M^{me} Lambert, l'agente de l'ARC qui a pris la décision portée en appel. Son témoignage est périphérique, puisque la caractérisation du contrat liant M. Mazraani et Industrielle doit être effectuée de nouveau devant la CCI. Industrielle présente tous les témoins clés, ce qui inclut : son vice-président principal, ventes et administration, M. Michaud, qui décrit l'entreprise et sa structure de ressources humaines; une avocate travaillant chez Industrielle, M^e Beaudet, qui résume les contrats des représentants et les obligations juridiques d'Industrielle envers ceux-ci; deux autres représentants, en théorie travailleurs autonomes, M. Charbonneau et M^{me} Woo, qui témoignent quant à leurs relations respectives avec Industrielle; et, enfin, un employé d'Industrielle, M. Leclerc, directeur de l'agence où M. Mazraani travaillait, qui explique sa relation avec ses représentants et ce dernier.

[8] En outre, la MRN laisse Industrielle prendre en charge la présentation de l'argumentation juridique au soutien de la thèse selon laquelle le contrat de M. Mazraani est un contrat de service, et non un contrat de travail. La plaidoirie de l'avocat de la MRN devant la CCI se limite d'ailleurs à 7 pages de transcription, tandis que celle de l'avocat d'Industrielle, M^e Turgeon, s'étend sur 200 pages.

(3) Le déroulement de l'audience devant la CCI

[9] Les règles de procédure généralement applicables devant la CCI prévoient un mécanisme selon

parties can give the court and the other party advance notice of the official language in which they and their witnesses will be speaking and, where necessary, request that the court make an interpreter available to them (*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a, ss. 101, 102(5), 123 and Form 123). However, Mr. Mazraani's case in the TCC was conducted in accordance with an informal procedure. Sections 18.15 and 18.29(1)(b) of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2, provide that certain appeals, including those arising under Part IV of the *EIA*, "shall be dealt with by the Court as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit". What is more, such appeals are not subject to the usual rules of evidence. One example of this is that the rules of procedure specific to an appeal such as that of Mr. Mazraani indicate neither how parties are to advise the court of the language in which they, their counsel or their witnesses wish to speak nor how they can request the presence of an interpreter.

[10] This procedural gap was problematic from the first day of the hearing. The judge commenced the hearing in English and spoke in English with Mr. Mazraani. While the judge was discussing Industrial's notice of intervention, which had been drafted in French, Mr. Mazraani told him that he had trouble understanding French. The judge immediately put the document aside and continued the hearing without any further discussion of the matter. Despite this first sign that Industrial wished to proceed in French whereas Mr. Mazraani was more comfortable doing so in English, the judge did nothing to make things clear, inquire into each party's intention and ensure that everyone understood their language rights.

[11] The hearing was scheduled to last only one day, but Mr. Mazraani's testimony turned out to be long, which meant that it had to be adjourned to the following day. On the second day of the hearing, Industrial's first witness, Mr. Michaud, was called to give evidence. He stated that he wished to testify in French. The judge then asked Mr. Mazraani if he needed an interpreter. Mr. Mazraani answered that he did. The judge informed counsel for Industrial that

lequel les parties peuvent au préalable informer la cour et l'autre partie de la langue officielle dans laquelle elles et leurs témoins s'exprimeront et, s'il y a lieu, demander de bénéficier des services d'un interprète fournis par la cour (*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, art. 101, par. 102(5), art. 123 et formulaire 123). Le litige qui implique M. Mazraani devant la CCI suit toutefois une procédure informelle. L'article 18.15 et l'al. 18.29(1)b de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, précisent en effet que certains appels, dont ceux prévus à la partie IV de la *LAE*, « sont entendus d'une manière informelle et le plus rapidement possible, dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent ». Ces appels n'ont pas non plus à respecter les règles habituelles en matière de preuve. À titre d'exemple, les règles de procédure propres à un appel comme celui de M. Mazraani n'indiquent ni comment une partie peut aviser la cour de la langue dans laquelle elle, son avocat ou ses témoins souhaitent s'exprimer, ni comment elle peut requérir la présence d'un interprète.

[10] Cette lacune procédurale cause des ennuis dès la première journée de l'audience. Le juge commence celle-ci en anglais et échange dans cette langue avec M. Mazraani. Alors que le juge discute de l'avis d'intervention d'Industrielle, rédigé en français, M. Mazraani l'informe qu'il comprend mal cette langue. Le juge met alors immédiatement ce document de côté et poursuit l'audience sans plus de discussion sur le sujet. Malgré cette première indication qu'Industrielle souhaite procéder en français bien que M. Mazraani soit plus à l'aise de le faire en anglais, le juge n'intervient pas pour clarifier les choses, s'informer des intentions de chacun et s'assurer que tous comprennent leurs droits linguistiques.

[11] L'audience ne devait durer qu'une journée, mais le témoignage de M. Mazraani s'avère long, ce qui requiert l'ajournement de celle-ci au lendemain. Le deuxième jour de l'audience, le premier témoin d'Industrielle, M. Michaud, est appelé à la barre. Il indique vouloir témoigner en français. Le juge demande alors à M. Mazraani s'il a besoin d'un interprète. Ce dernier répond par l'affirmative. Le juge informe l'avocat d'Industrielle qu'il est prêt à

he was prepared to allow Mr. Michaud to testify in French but that he would then have to adjourn the hearing and put it off until another day so that an interpreter could attend to translate the witness's testimony. After consulting with Mr. Michaud, counsel for Industrial suggested that Mr. Michaud might instead testify in English, using a few words in French if necessary. The judge agreed to proceed in this way. He added that it was better to be "pragmatic" and to try proceeding like this, at the risk of having to adjourn the hearing should there be any problems. Mr. Michaud gave his testimony in this way.

[12] In Mr. Mazraani's view, this brief exchange is crucial. He argues that Mr. Turgeon and the judge thus agreed to a compromise regarding the language to be spoken by Industrial's witnesses that would apply throughout the hearing. But that is not what the transcript shows, and in any event, such an agreement could not have bound any subsequent witnesses. We will return to this below.

[13] The case required additional hearing days. Twenty days later, on the third day of the hearing, counsel for the MNR asked about examining his witness, Ms. Lambert, in French if Mr. Mazraani did not object. Because Mr. Mazraani did object, Ms. Lambert testified in English. That same day, Mr. Charbonneau, a witness called by Industrial, asked the judge for permission to testify in French, stressing that he was more comfortable in that language and that he was surprised to have to give his testimony in English. But the judge asked him to make an effort and to testify in English. Unlike on the second day, the judge did not mention to the witnesses or to Mr. Mazraani that it would be possible to adjourn the hearing until an interpreter could be called in.

[14] At the end of the fourth day of the hearing, it was adjourned again. Two weeks later, on the fifth day, Mr. Leclerc, another witness for Industrial who had started testifying in English of his own accord, quickly showed signs of difficulty speaking that language. Even though counsel for Industrial insisted a number of times that the witness give his evidence in French, the judge always steered the testimony back to English. That same day, when counsel for

permettre à M. Michaud de témoigner en français, mais qu'il devra alors suspendre l'audience et la reporter à un autre jour afin qu'un interprète soit présent pour traduire son témoignage. Après consultation avec M. Michaud, l'avocat d'Industrielle suggère plutôt que ce dernier témoigne en anglais en utilisant quelques mots en français si nécessaire. Le juge accepte de procéder ainsi. Il ajoute qu'il vaut mieux être [TRADUCTION] « pragmatique » et tenter d'instruire l'affaire de cette manière, quitte à suspendre l'audience si des problèmes surviennent. M. Michaud livre son témoignage de cette façon.

[12] Selon M. Mazraani, ce bref échange est crucial. À son avis, M^e Turgeon et le juge ont ainsi convenu d'un compromis sur la langue des témoins d'Industrielle, valable pour toute la durée de l'audience. Ce n'est toutefois pas ce que la transcription indique, sans compter que, de toute façon, cela ne saurait lier un témoin subséquent. Nous y reviendrons.

[13] L'instruction de l'affaire nécessite des journées additionnelles d'audience. Vingt jours plus tard, au troisième jour de l'audience, l'avocat de la MRN demande d'interroger son témoin, M^{me} Lambert, en français si M. Mazraani n'y voit pas d'objection. Étant donné que M. Mazraani s'y oppose, elle témoigne en anglais. Le même jour, M. Charbonneau, témoin appelé par Industrielle, demande quant à lui au juge de témoigner en français, soulignant qu'il est plus à l'aise dans cette langue et qu'il est surpris de devoir le faire en anglais. Mais le juge l'invite à faire un effort et à témoigner en anglais. Contrairement à ce qu'il a fait le deuxième jour, le juge ne mentionne pas aux témoins ou à M. Mazraani la possibilité que l'audience soit suspendue le temps de convoquer un interprète.

[14] À la fin du quatrième jour de l'audience, celle-ci est encore ajournée. Deux semaines plus tard, au cinquième jour, M. Leclerc, un autre témoin d'Industrielle qui avait de lui-même commencé son témoignage en anglais, présente rapidement des signes indiquant qu'il éprouve de la difficulté à s'exprimer dans cette langue. Bien que l'avocat d'Industrielle insiste à plusieurs reprises pour que ce témoin dépose en français, le juge ramène toujours

Industrial mentioned that he intended to present his argument in French the following day, which he considered necessary if he was to serve his client properly, the judge insisted that he do the best he could in English. The next day, when counsel spoke in French a few times, the judge intervened to ask him to continue in English.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada, 2016 TCC 65*

[15] In a lengthy judgment, the judge ruled in Mr. Mazraani's favour, concluding that Mr. Mazraani was an employee of Industrial. In his analysis of the evidence, the judge wrote scathingly about insurance companies in general and Industrial's witnesses in particular. In his opinion, Industrial had given "misleading" evidence (para. 177), and its position on its relationship with its employees was a self-serving "embellishment" of reality (para. 205). Among other things, he suggested that the witnesses had played with words and syntax to avoid telling the whole truth. To him, their testimony was "troubling", as "[s]ome of their statements embellished reality, others were misleading and still others bordered on perjury" (para. 223). He was particularly critical of Mr. Michaud and Mr. Leclerc, accusing them of being none too candid and of making misleading statements. In his view, this conclusion was justified by, among other things, contradictions in Mr. Leclerc's testimony and certain choices of words by Mr. Michaud, which were imprecise.

[16] The judge also took shots at counsel for Industrial, whom he accused of having incited his witnesses to distort the truth and to mislead the court. Finally, the judge accused Industrial, on the basis of his criticisms of the witnesses, of not having been forthcoming. He added that Industrial's attitude had been the cause of the numerous delays in the case: the hearing that had been scheduled to take one day ended up taking six. In concluding, the judge ordered Industrial, even though it was an intervener, to pay costs, relying on the TCC's residual power to prevent and discourage any abuse of its process.

le témoignage vers l'anglais. Ce même jour, lorsque l'avocat d'Industrielle affirme qu'il entend plaider en français le lendemain, ce qu'il estime nécessaire afin de bien servir les intérêts de sa cliente, le juge insiste pour qu'il fasse de son mieux en anglais. Le lendemain, lorsque l'avocat s'exprime en français à quelques reprises, le juge intervient pour l'inviter à poursuivre en anglais.

III. Historique judiciaire

A. *Cour canadienne de l'impôt, 2016 CCI 65*

[15] Dans un long jugement, le juge tranche en faveur de M. Mazraani et conclut qu'il était un employé d'Industrielle. Dans son analyse de la preuve, le juge écorche les compagnies d'assurance en général et les témoins d'Industrielle en particulier. À son avis, Industrielle a présenté une preuve « trompeuse » (par. 177) et sa conception de sa relation avec ses employés est une description « embelli[e] » de la réalité qui sert ses propres intérêts (par. 205). Il reproche notamment aux témoins de jouer sur les mots et la syntaxe pour éviter de présenter toute la vérité. Selon le juge, leur témoignage est « troublant », car « [c]ertaines de leurs déclarations embelliss[ent] la réalité, d'autres induis[ent] en erreur et [sont] à la limite du parjure » (par. 223). Il blâme tout particulièrement MM. Michaud et Leclerc, les accusant de manquer de franchise et de faire des déclarations trompeuses. Des contradictions dans le témoignage de M. Leclerc ainsi que des choix de mots de M. Michaud, qui manqueraient de précision, justifieraient entre autres cette conclusion.

[16] Les commentaires du juge éclaboussent aussi l'avocat d'Industrielle, qu'il accuse d'avoir incité ses témoins à déformer la vérité et à induire le tribunal en erreur. Enfin, le juge invoque les critiques qu'il a adressées aux témoins pour reprocher à Industrielle son manque de collaboration. L'attitude d'Industrielle aurait d'ailleurs été la cause des nombreux retards ayant marqué l'affaire : l'audience qui devait durer une journée aura en fin de compte duré six jours. Finalement, le juge condamne Industrielle — pourtant partie intervenante — aux dépens, invoquant le pouvoir résiduel de la CCI de prévenir et décourager les abus de sa procédure.

B. *Federal Court of Appeal, 2017 FCA 80, [2018] 1 F.C.R. 495*

[17] Industrial appealed the TCC's decision on the grounds that the language rights of its witnesses and counsel had been violated and that there was a reasonable apprehension of bias on the judge's part. The FCA allowed the appeal in a judgment delivered from the bench. In written reasons that it deposited afterwards, it held that the judge could not seek a shortcut around the language rights of the people involved. The rights in question are constitutional and quasi-constitutional in nature and must be protected proactively. Moreover, the right to speak in the courts in the official language of one's choice under s. 133 of the *Constitution Act, 1867* is unrelated to the ability to speak correctly in one language or the other. The FCA found that the judge should not have agreed to the compromise regarding Mr. Michaud's testimony that had been suggested by counsel for Industrial on the second day of the hearing. As well, he should not have treated the requests of Mr. Charbonneau, Ms. Lambert and Mr. Turgeon as requests for accommodation, but as the legitimate exercise of their protected right to speak in the official language of their choice. The FCA added that Mr. Mazraani's rights had also been violated, as there were long periods when testimony, in particular that of Mr. Leclerc, was given in French without being translated for Mr. Mazraani by an interpreter even though he had clearly stated that he needed interpretation services.

[18] Finally, the FCA found that there was no indication that the witnesses and Mr. Turgeon had agreed to speak in English or that they had only asserted their rights after the fact for tactical reasons. It therefore ordered a new hearing before a different judge, making it clear that the parties would not be permitted to adduce the transcript of the first hearing in evidence.

IV. Issues

[19] Mr. Mazraani's appeal to this Court raises two questions:

1. Were the language rights of the parties, the witnesses or counsel at the hearing in the TCC violated?

B. *Cour d'appel fédérale, 2017 CAF 80, [2018] 1 R.C.F. 495*

[17] Industrielle porte en appel le jugement de la CCI aux motifs que les droits linguistiques de ses témoins et de son avocat ont été enfreints et qu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge. La CAF accueille l'appel séance tenante. Dans des motifs écrits qu'elle dépose subséquemment, elle statue que le juge ne pouvait transiger sur les droits linguistiques des personnes impliquées. Il s'agit de droits de nature constitutionnelle et quasi constitutionnelle, qui doivent être protégés par des mesures proactives. De plus, le droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix devant les tribunaux prévu à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a rien à voir avec la capacité à s'exprimer correctement dans une langue ou l'autre. La CAF conclut qu'en l'occurrence, le juge n'aurait pas dû accepter le compromis suggéré par l'avocat d'Industrielle le deuxième jour de l'audience quant au témoignage de M. Michaud. Le juge n'aurait pas dû traiter non plus les demandes de M. Charbonneau, de M^{me} Lambert et de M^e Turgeon comme des demandes d'accommodement, mais comme l'exercice légitime de leur droit protégé de s'exprimer dans la langue officielle de leur choix. La CAF note en outre que les droits de M. Mazraani ont eux aussi été violés, puisque de longues portions de témoignages en français, notamment celui de M. Leclerc, n'ont jamais été traduits à l'intention de M. Mazraani par un interprète, alors qu'il avait clairement mentionné avoir besoin de tels services.

[18] La CAF juge enfin que rien n'indique que les témoins et M^e Turgeon avaient consenti à s'exprimer en anglais, ni qu'ils n'invoquent leurs droits qu'après coup, de manière stratégique. Elle ordonne donc la tenue d'une nouvelle audience devant un juge différent en précisant que les parties ne pourront y déposer en preuve les transcriptions de la première audience.

IV. Questions en litige

[19] Le pourvoi de M. Mazraani devant notre Cour soulève deux questions :

1. Les droits linguistiques des parties, des témoins ou de l'avocat présents à l'audience devant la CCI ont-ils été violés?

2. If so, is it appropriate to order a new hearing?

Before answering these questions, we must first determine (1) the nature of the language rights in question; (2) the responsibilities in this regard of judges and officials of the courts concerned, or of the lawyers involved; (3) how language rights are to be exercised and whether they can be waived; and, lastly, (4) the remedies that are available should these rights be violated.

V. Analysis

A. *Language Rights*

[20] English and French are the official languages of Canada. There are a number of laws that protect an individual's right to speak in the official language of his or her choice. In *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, this Court established the principles that must guide the interpretation of any right that is intended to protect the equal status of Canada's official languages and to ensure full and equal access to the country's institutions by Anglophones and Francophones alike (paras. 15 and 25). First of all, language rights are substantive rights, not procedural rights (para. 28). This means that the state has a duty to ensure that they are implemented (para. 24), and also that they cannot be interfered with (para. 28). Next, "[l]anguage rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada" (para. 25 (emphasis in original)). Finally, language rights are distinct from the principles of fundamental justice, which require, for example, that an accused be able to understand and be understood at his or her trial (paras. 25 and 41). These rights have a purpose that is unique to them, namely the preservation and protection of "official language communities where they do apply" (para. 25). They do not relate to the person's ability to speak one language or another. Indeed, those who are bilingual are no less entitled to exercise them than those who are unilingual.

2. Dans l'affirmative, est-il approprié d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience?

Avant de répondre à ces questions, nous devons d'abord cerner (1) la nature des droits linguistiques en jeu, (2) les responsabilités qui incombent à ce chapitre aux juges et à l'administration des tribunaux visés, ou aux avocats en cause, (3) la manière dont les droits linguistiques doivent être exercés et s'il est possible d'y renoncer, et enfin, (4) les mesures de réparation possibles en cas de violation.

V. Analyse

A. *Les droits linguistiques*

[20] Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada. Plusieurs lois protègent le droit d'une personne de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. Dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, notre Cour a établi les principes qui doivent guider l'interprétation de tout droit censé protéger l'égalité de statut des langues officielles du Canada et l'égalité d'accès des francophones et des anglophones aux institutions du pays (par. 15 et 25). D'abord, les droits linguistiques sont des droits substantiels, et non procéduraux (par. 28). Il s'ensuit que l'État a l'obligation d'assurer leur mise en œuvre (par. 24) et qu'on ne peut y déroger (par. 28). Ensuite, « [l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » (par. 25 (soulignement dans l'original)). Enfin, ces droits se distinguent des principes de justice fondamentale, lesquels requièrent par exemple qu'un accusé soit en mesure de comprendre son procès et de s'y faire comprendre (par. 25 et 41). Ils ont un but qui leur est unique, soit le maintien et la protection « des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent » (par. 25). Ils ne sont pas fonction de la capacité de l'intéressé de s'exprimer dans une langue ou dans une autre. En effet, les personnes bilingues peuvent tout autant les invoquer que les personnes unilingues.

(1) Language Rights in Federal Courts

[21] Certain language rights concern access to certain courts in Canada. There are two legislative provisions in the Canadian Constitution whose effect is to recognize the rights in question. This Court has held that the purpose of these provisions is “to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for francophones and anglophones alike” (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 739; see also *Beaulac*, at para. 22).

[22] The first, s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, provides in part as follows:

133. . . . either of those [official] Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

[23] The second, s. 19 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, reads as follows:

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

[24] The TCC is a court established by Parliament, and both sections apply in this case. They protect the right to use English and French in the TCC.

[25] There are other language rights applicable to certain courts that are instead quasi-constitutional in nature. This is true of the rights provided for in the *OLA* (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 12, quoting *Lavigne v. Canada* (*Office of the Commissioner of Official Languages*), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 23, in

(1) Les droits linguistiques devant les tribunaux fédéraux

[21] Certains droits linguistiques concernent l'accès à certains tribunaux au Canada. Deux dispositions législatives ayant pour effet de reconnaître ces droits sont inscrites dans la Constitution canadienne. Notre Cour a reconnu que ces articles ont pour objet « d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux » (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 739; voir aussi *Beaulac*, par. 22).

[22] Le premier, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, prévoit entre autres ceci :

133. . . . dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues [officielles].

[23] Le second, l'art. 19 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, énonce quant à lui ce qui suit :

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

[24] La CCI est un tribunal établi par le Parlement et ces deux dispositions trouvent application en l'espèce. Elles protègent le droit d'employer le français et l'anglais devant la CCI.

[25] D'autres droits linguistiques qui touchent certains tribunaux sont plutôt de nature quasi constitutionnelle. C'est le cas des droits prévus à la *LLO* (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 12, citant *Lavigne c. Canada* (*Commissariat aux langues officielles*), 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 23, citant *Canada* (*Procureur*

turn quoting *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at p. 386). Sections 14 and 15 of the *OLA*, which are relevant to the case at bar, govern the exercise of these constitutional rights in federal courts such as the TCC:

14 English and French are the official languages of the federal courts, and either of those languages may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any federal court.

15 (1) Every federal court has, in any proceedings before it, the duty to ensure that any person giving evidence before it may be heard in the official language of his choice, and that in being so heard the person will not be placed at a disadvantage by not being heard in the other official language.

(2) Every federal court has, in any proceedings conducted before it, the duty to ensure that, at the request of any party to the proceedings, facilities are made available for the simultaneous interpretation of the proceedings, including the evidence given and taken, from one official language into the other.

[26] There is an important distinction between the right guaranteed in ss. 14 and 15(1) of the *OLA* — the right to speak in the official language of one’s choice — and the right guaranteed in s. 15(2) of the *OLA* — the right to an interpreter. Whereas ss. 14 and 15(1) give any person the right to use, and any witness the right to speak in, the official language of his or her choice without being placed at a disadvantage, s. 15(2) protects the right of parties to understand what happens in hearings in which they participate. These rights are distinct and need not be asserted in parallel: a person is fully entitled to choose to testify in a given language without worrying about whether an interpreter will be present. The exercise of the fundamental right to speak in the official language of one’s choice does not depend on whether an interpreter is present.

[27] Furthermore, this Court held in *Beaulac* that these rights must be interpreted in light of their objective, which is described in s. 2 of the *OLA*:

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized

général) c. Viola, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), p. 386). Les articles 14 et 15 de la *LLO* qui sont pertinents en l’espèce aménagent l’exercice de ces droits constitutionnels devant les tribunaux fédéraux comme la CCI :

14 Le français et l’anglais sont les langues officielles des tribunaux fédéraux; chacun a le droit d’employer l’une ou l’autre dans toutes les affaires dont ils sont saisis et dans les actes de procédure qui en découlent.

15 (1) Il incombe aux tribunaux fédéraux de veiller à ce que tout témoin qui comparait devant eux puisse être entendu dans la langue officielle de son choix sans subir de préjudice du fait qu’il ne s’exprime pas dans l’autre langue officielle.

(2) Il leur incombe également de veiller, sur demande d’une partie, à ce que soient offerts, notamment pour l’audition des témoins, des services d’interprétation simultanée d’une langue officielle à l’autre langue.

[26] Il existe une distinction importante entre le droit garanti à l’art. 14 et au par. 15(1) de la *LLO*, soit le droit de s’exprimer dans la langue officielle de son choix, et celui garanti au par. 15(2) de la *LLO*, soit le droit à un interprète. Alors que les premiers confèrent à chacun et à tout témoin le droit de s’exprimer dans la langue officielle de son choix sans subir de désavantage, le second protège le droit des parties de comprendre ce qui se passe à l’audience à laquelle ils prennent part. Ces droits sont distincts et n’ont pas à être invoqués en parallèle; une personne peut tout à fait choisir de témoigner dans une langue sans se soucier de la présence ou non d’un interprète. La présence de l’interprète ne conditionne pas l’exercice du droit fondamental de s’exprimer dans la langue officielle de son choix.

[27] L’arrêt *Beaulac* prescrit par ailleurs que ces droits doivent être interprétés en fonction de leur objet, qui est prévu à l’art. 2 de la *LLO* :

L’objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l’art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est

by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. [para. 20]

Thus, the rights provided for in the *OLA* will not help achieve the *OLA*'s objectives unless all members of the community can exercise them and are provided with the means to do so. These language rights must be understood as individual and personal rights. They must also be interpreted as guaranteeing access to services of equal quality, as this is the only interpretation that allows their objective to be fully achieved (*Beaulac*, at para. 22). The federal courts to which ss. 14 and 15 of the *OLA* apply must therefore provide the resources and procedures that are needed in order to respond to requests from parties and witnesses under these sections. Moreover, given the quasi-constitutional nature of the *OLA*, ss. 14 and 15 apply even to a hearing in one of those courts that is conducted in accordance with an informal or simplified procedure.

[28] From this perspective, ss. 14 and 15(1) of the *OLA* restate the essence of the right guaranteed in s. 19(1) of the *Charter*. *Beaulac* requires nothing less. Language rights are not procedural rights related to the dispute that brought the parties before the court in question. Rather, they are fundamental rights related to access of the parties and their witnesses to that court in the official language of their choice. Absent vigilance on the judge's part, this bilingual status is purely symbolic. A purposive reading of s. 19(1) of the *Charter* requires that the court attach the utmost importance to the protection of each person's right to speak in the official language of his or her choice.

[29] A number of courts that have the constitutional duty to allow any person to speak in the official language of his or her choice have therefore adopted special measures to facilitate the exercise and assertion of this right. As we mentioned above, the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* include standard forms that require the parties to

atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. [par. 20]

Ainsi, les droits prévus par la *LLO* ne permettront d'atteindre les objectifs énoncés par celle-ci que si tous les membres de la collectivité peuvent exercer ces droits et si des moyens leur sont fournis pour qu'ils puissent le faire. Ces droits linguistiques doivent être conçus comme des droits individuels et personnels. Ils doivent aussi être interprétés comme garantissant l'accès à des services de qualité égale, car seule cette interprétation permet la pleine réalisation de leur objet (*Beaulac*, par. 22). Les tribunaux fédéraux qui sont visés par les art. 14 et 15 de la *LLO* doivent donc prévoir les ressources et les procédures nécessaires pour répondre aux demandes des parties et des témoins en vertu de ces articles. En outre, vu la nature quasi constitutionnelle de la *LLO*, ces dispositions s'appliquent même lorsqu'une audience suit une procédure informelle ou allégée devant ces tribunaux.

[28] De ce point de vue, l'art. 14 et le par. 15(1) de la *LLO* reprennent l'essence du droit garanti au par. 19(1) de la *Charte*. L'arrêt *Beaulac* ne commande rien de moins. Les droits linguistiques ne sont pas des droits procéduraux se rapportant au litige qui amène deux parties devant le tribunal visé. Il s'agit de droits fondamentaux touchant l'accès de ces parties et de leurs témoins à ce tribunal dans la langue officielle de leur choix. Sans la vigilance du juge, ce statut bilingue n'est que symbolique. Une lecture téléologique du par. 19(1) de la *Charte* exige que la protection du droit de chacun de s'exprimer dans la langue officielle de son choix se voie accorder une importance primordiale par le tribunal.

[29] Plusieurs tribunaux qui ont l'obligation constitutionnelle de permettre à chacun de s'y exprimer dans la langue officielle de son choix ont par conséquent mis en place des mesures particulières pour faciliter l'exercice et la revendication de ce droit. Comme nous l'avons souligné, les *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*

specify the language in which their witnesses will be testifying. This requirement has the advantage of making it clear that the choice of language is not to be made by the court or by the other party, and also of encouraging discussions with witnesses on this subject and ensuring that the other party is informed in this regard. The Federal Courts have enacted similar rules (*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 314 and 347). However, the TCC's rules that apply to cases like the case at bar in which a simplified procedure is followed are silent in this regard (*Tax Court of Canada Rules (Informal Procedure)*, SOR/90-688b).

[30] Regarding the right to an interpreter, given that only Mr. Mazraani could have raised the issue of the judge's failure to act on his request under s. 15(2) of the *OLA*, and that he has not invoked that violation in this Court, there is no need to consider the nature of that right or how it is to be exercised. We note, however, that although the costs of interpretation services are usually paid for by the Federal Courts and the TCC (*Federal Courts Rules*, rr. 93 and 283; *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, ss. 101 and 102), the rules for proceedings to which a simplified procedure applies do not mention this possibility. Moreover, whereas the rules of the Federal Courts include a mechanism for asking the courts' officials to provide interpretation services (*Federal Courts Rules*, rr. 31 and 93), the TCC's rules are less clear on this point.

[31] That being said, the absence of rules to facilitate the exercise of the rights provided for in the *OLA* does not mean that those rights do not exist. On the contrary, the *OLA* requires that in every case the TCC, a federal court, provide interpretation services at the request of a party and allow every person to speak in the official language of his or her choice. It is of course desirable for the rules of procedure of the federal courts that have such duties to provide litigants with the tools needed to facilitate the assertion and exercise of the rights in question. But when potential language-related difficulties are not identified and managed ahead of time by way, for example, of an adequate proactive institutional infrastructure,

prévoient des formulaires normalisés qui obligent les parties à préciser la langue dans laquelle les témoins s'exprimeront. Cette exigence a l'avantage d'établir clairement que le choix de la langue n'appartient ni au tribunal, ni à l'autre partie, et de favoriser des discussions sur ce sujet avec les témoins tout en informant l'autre partie. Les Cours fédérales ont aussi adopté des règles semblables (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 314 et 347). Toutefois, les règles de la CCI qui régissent les affaires instruites suivant une procédure simplifiée comme la présente espèce sont silencieuses sur cette question (*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure informelle)*, DORS/90-688b).

[30] En ce qui concerne le droit aux services d'un interprète, puisque seul M. Mazraani aurait pu faire valoir que le juge n'a pas donné suite à sa demande fondée sur le par. 15(2) de la *LLO* et qu'il n'invoque pas cette violation devant nous, il n'y a pas lieu de se pencher sur la nature ou les modalités d'exercice de ce droit. Nous remarquons cependant que si les coûts des services d'interprète sont normalement assumés par les Cours fédérales et la CCI (*Règles des Cours fédérales*, règles 93 et 283; *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, art. 101 et 102), les règles propres aux instances suivant la procédure allégée ne mentionnent pas cette possibilité. De plus, alors que les règles des Cours fédérales prévoient un mécanisme pour demander les services d'un interprète à l'administration de ces cours (*Règles des Cours fédérales*, règles 31 et 93), celles de la CCI sont moins claires à ce sujet.

[31] Cela dit, l'absence de règles permettant de faciliter l'exercice des droits prévus par la *LLO* ne signifie pas que ces droits n'existent pas. Au contraire, la *LLO* oblige dans tous les cas la CCI, un tribunal fédéral, à offrir les services d'un interprète sur demande d'une des parties et à permettre à chacun de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. Il est certes souhaitable que les règles de procédure des tribunaux fédéraux à qui incombent pareilles obligations fournissent aux justiciables les outils requis pour faciliter la revendication et l'exercice de ces droits. Toutefois, lorsque les difficultés potentielles liées à la langue ne sont pas établies et gérées d'avance par la mise en place, par exemple, d'une

the roles of the judge and of counsel for the parties in protecting the language rights of individuals participating in a hearing become particularly important.

(2) Roles of the Judge and of Counsel

[32] With this in mind, it should be noted that it is the judge of the federal court in question who is primarily responsible for upholding the language rights of witnesses, of parties and of any individual who appears before him or her. There are two reasons for this. First, it is because language rights are “a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply” (*Beaulac*, at para. 25) and must be interpreted in a way that supports the achievement of that objective. As this Court pointed out in *Beaulac*, it is more sensible not to assume that lawyers will systematically inform the parties (and in the instant case, the witnesses) of their language rights (para. 37). This conclusion also flows naturally from the fact that language rights are not procedural, but substantive rights. And it is just as valid in the context of s. 19 of the *Charter*.

[33] Second, the courts are responsible for discharging this duty in light of the very words of ss. 14 and 15 of the *OLA*. Section 14 does not require that a specific request be made or that a special procedure be followed so that one language or the other can be used in the court in question. It merely decrees that the two official languages have equal status in the sense that any person can use one or the other in the federal courts. This means that individuals should have to do no more than speak in the official language of their choice in order to exercise their right. Moreover, s. 15 provides that it is incumbent on the *court* to ensure that the rights of the parties and the witnesses are upheld. This responsibility is intentionally assigned to the court in the *OLA*: s. 2(c) provides that one of the Act’s purposes is in fact to “set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada”. This role is particularly important in the

infrastructure institutionnelle adéquate et proactive, les rôles du juge et des avocats des parties au chapitre de la protection des droits linguistiques des participants à une audience prennent alors toute leur importance.

(2) Les rôles du juge et des avocats

[32] Dans cette perspective, il importe de rappeler qu’il incombe d’abord et avant tout au juge du tribunal fédéral visé de veiller au respect des droits linguistiques des témoins, des parties et de toute personne qui comparaît devant lui, et ce, pour deux raisons. Premièrement, cela s’impose puisque les droits linguistiques sont « un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s’appliquent » (*Beaulac*, par. 25) et qu’ils doivent être interprétés de manière à permettre la réalisation de cet objectif. Comme notre Cour le souligne dans *Beaulac*, il est plus prudent de ne pas tenir pour acquis que les avocats informeront systématiquement les parties (et en l’occurrence les témoins) de leurs droits linguistiques (par. 37). Cette conclusion découle aussi naturellement du fait que les droits linguistiques ne sont pas des droits procéduraux, mais des droits substantiels. En outre, cette conclusion s’impose tout autant dans le contexte de l’art. 19 de la *Charte*.

[33] Deuxièmement, cette obligation incombe aux tribunaux aux termes mêmes des art. 14 et 15 de la *LLO*. L’article 14 n’exige pas qu’une demande particulière soit formulée ou qu’une procédure spéciale soit suivie pour qu’une langue ou l’autre puisse être utilisée devant le tribunal visé. Il édicte simplement que les deux langues officielles ont un statut égal, en ce sens que chacun peut employer l’une ou l’autre devant les tribunaux fédéraux. Ainsi, une personne ne devrait pas avoir à faire davantage que de s’exprimer dans la langue officielle de son choix pour exercer son droit. De plus, selon l’art. 15, il appartient au *tribunal* de veiller à ce que les droits des parties et des témoins soient respectés. La *LLO* attribue à dessein cette responsabilité au tribunal : suivant l’al. 2c), l’un de ses objets est justement « de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles ». Ce rôle est particulièrement important dans le cas des témoins, car ceux-ci, bien

case of witnesses, given that, even though they are called by one of the parties, they do not necessarily have the same interests as that party and will therefore not always be informed of their rights by the party's counsel, whose priority is to defend his or her client's interests and to win the case.

[34] Consequently, a judge cannot ask a person to speak in an official language other than the language of the person's choice. A request to that effect is in and of itself a violation of s. 14 of the *OLA*, s. 19 of the *Charter* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Judges of the courts to which these sections apply must have no doubt that all witnesses are well aware of their right to speak in the official language of their choice before testifying. A witness's choice in this regard must be informed. Any sign that a witness is uncomfortable in one language or wishes to speak in the other official language must not be disregarded, as that could result in a violation of the witness's language rights.

[35] In fact, when a judge sees that a party will be calling a witness to testify — or will be arguing — in an official language the other party does not understand, the judge must inform the other party of his or her right to an interpreter. The judge can always, and must in many cases, adjourn the hearing so that arrangements can be made for the services of an interpreter. It goes without saying that the parties should be encouraged to plan for and request interpretation services in advance.

[36] That being said, a party's decision not to exercise his or her right to an interpreter should never be used to force other parties, witnesses or lawyers to speak in that party's official language. We also find it risky for a judge to offer to translate testimony to help a party understand it. Judges do not often have the expertise that is needed to translate testimony correctly, and their intervention could be problematic in the event of an appeal should the translation prove to be erroneous. Such a substitution of roles is not advisable.

qu'appelés par une partie, n'ont pas nécessairement les mêmes intérêts que cette dernière et ne seront donc pas toujours informés de leurs droits par l'avocat de la partie, qui cherche avant tout à faire valoir les intérêts de son client et à gagner sa cause.

[34] Par conséquent, un juge ne peut demander à une personne de s'exprimer dans une autre langue officielle que la langue de son choix. Une telle demande constitue en soi une violation des art. 14 de la *LLO*, 19 de la *Charte* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les juges des tribunaux visés par ces dispositions ne doivent avoir aucun doute que chaque témoin est bien au fait de son droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix avant le début de son témoignage. Le choix du témoin à ce chapitre doit être éclairé. Le tribunal ne saurait faire abstraction de quelque indication qu'un témoin est mal à l'aise dans une langue, ou qu'il souhaite parler dans l'autre langue officielle, sans qu'il en découle une violation des droits linguistiques de cette personne.

[35] De fait, lorsqu'un juge constate qu'une partie appellera un témoin ou plaidera dans une langue officielle que l'autre partie ne comprend pas, il doit informer cette dernière de son droit à un interprète. Il peut toujours, et devra dans plusieurs cas, ajourner l'audience pour permettre que les services d'un interprète puissent être retenus. Il va sans dire qu'il convient d'encourager les parties à prévoir et à demander à l'avance la présence d'un interprète.

[36] Cela dit, la décision d'une partie de ne pas se prévaloir de son droit à un interprète ne doit jamais être utilisée pour contraindre les autres parties, les témoins ou les avocats à s'exprimer dans la langue officielle de cette partie. En outre, nous estimons hasardeux pour un juge d'offrir de traduire des témoignages pour permettre à une partie de les comprendre. Les juges n'ont souvent pas l'expertise requise pour traduire correctement des témoignages, et leur intervention risque de poser problème en appel si la traduction s'avère erronée. Une telle substitution des rôles est à déconseiller.

[37] It is also true that lawyers have certain ethical duties, such as that of acting in the best interests of their clients (*Code of Professional Conduct of Lawyers*, CQLR, c. B-1, r. 3.1, s. 23). These duties could be violated should the lawyer fail to inform his or her client and the witnesses who are called of their rights, or to insist personally on arguing in the official language in which he or she can serve the client properly. However, these duties, which are complementary to that of the judge, do not relieve the judge of his or her responsibilities in this regard. The language rights of a party or a witness as well as the corollary duty of the court and the judge to uphold them come into play even before anyone intervenes in that regard. While it is true that lawyers are encouraged to intervene should a violation occur, a lawyer's failure to formally object to the violation of a person's language rights does not excuse a failure by the court to discharge its duties (see *R. v. Dow*, 2009 QCCA 478, [2009] R.J.Q. 679, at paras. 58 et seq.). Nor can a failure to intervene constitute a form of implicit waiver of the right to make an informed personal choice of language.

[38] When language rights are violated, the lawyer's conduct or interventions can of course be considered, as can the degree of connection between the violations in question and the rights and interests of the party who is asking for a new hearing, when deciding on the appropriate remedy. The injury suffered by a witness whose language rights are violated by a judge even though counsel for the party who called the witness has intervened is just as great as the injury suffered in a situation in which the judge fails to react to a violation of the witness's language rights by that same lawyer. This distinction has no effect on the conclusion that the judge failed to take proactive measures to uphold the substantive rights provided for in the legislative provisions discussed above. The two situations may call for different remedies, however. A party may not attempt to save resources by, for example, sacrificing his or her witnesses' rights and then invoke those rights in order to obtain a new hearing. Similarly, a lawyer who, although not compromising the language rights of the witnesses he or she calls, is indifferent when it comes to upholding their rights will be hard pressed to convince

[37] Par ailleurs, il est vrai qu'un avocat est tenu de respecter certaines obligations déontologiques, par exemple celle d'agir dans le meilleur intérêt de son client (*Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 23). Il pourrait faillir à ces obligations s'il omettait d'informer de leurs droits son client et les témoins qu'il appelle, ou s'il n'insistait pas de son côté pour plaider dans la langue officielle qui lui permet de servir son client comme il se doit. Néanmoins, ces obligations complémentaires à celle du juge ne relèvent pas ce dernier de ses responsabilités en la matière. Les droits linguistiques d'une partie ou d'un témoin, et l'obligation corollaire du tribunal et du juge d'en assurer le respect, entrent en jeu avant même que quiconque n'intervienne à cet égard. Si l'intervention des avocats en cas de violation est encouragée, leur omission de s'opposer formellement au non-respect des droits linguistiques d'une personne n'excuse pas l'omission du tribunal de s'acquitter de ses obligations (voir *R. c. Dow*, 2009 QCCA 478, [2009] R.J.Q. 679, par. 58 et suiv.). L'absence d'intervention ne peut pas non plus constituer une forme de renonciation implicite au droit à un choix personnel et éclairé en matière de langue.

[38] Certes, en cas de violation des droits linguistiques, le comportement ou les interventions de l'avocat pourront être examinés au moment de décider quelle réparation est convenable, au même titre que le degré de connexité entre les violations reprochées et les droits et intérêts de la partie qui demande une nouvelle audience. Un témoin dont les droits linguistiques sont violés par un juge malgré l'intervention de l'avocat de la partie qui l'appelle souffre tout autant que celui dont les droits linguistiques sont violés à l'initiative de ce même avocat dans l'indifférence du juge. Cette distinction n'affecte en rien la conclusion que le juge n'a pas su agir de manière proactive pour assurer le respect des droits substantiels prévus par les dispositions législatives déjà mentionnées. Ces deux situations peuvent toutefois appeler des réparations différentes. Une partie ne peut tenter d'économiser des ressources, par exemple en sacrifiant les droits de ses témoins, et ensuite invoquer ces droits pour obtenir une nouvelle audience. De même, un avocat qui, sans compromettre les droits linguistiques des témoins qu'il appelle, afficherait une attitude indifférente à l'égard du respect

a court that the violation of those rights was harmful to his or her client or impaired the client's interests. In such circumstances, the court might conclude that the party is trying to take advantage of the violation for purely tactical purposes.

[39] Finally, we are sensitive to the fact that the rise in the number of parties who appear in court without counsel to represent them can cause additional problems for judges when it comes to implementing the protection of language rights. Judges must sometimes adapt the procedure to account for the fact that such individuals are unfamiliar with the justice system in order, for example, to ensure that proceedings are conducted efficiently and to preclude the use of purely tactical manoeuvres by more experienced adverse parties. However, the presence of a party who is not represented by counsel does not result in the suspension of anyone's fundamental rights. As is explained in the *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons* (2006) (online) established by the Canadian Judicial Council, which this Court endorsed in *Pintea v. Johns*, 2017 SCC 23, [2017] 1 S.C.R. 470, one of the measures a judge can take to ensure that such individuals can fully understand and participate in a proceeding is to engage in case management activities. A judge should also take the time to explain the process to the parties and to ensure that they are aware of the options that are available to them in this area. By contrast, an attempt to simplify the hearing in this regard without properly consulting the parties and the witnesses with respect to their options and their needs could lead to unnecessary complications. In the case at bar, taking measures such as these would undoubtedly have been preferable and could have mitigated the impact of Mr. Mazraani's being unrepresented while ensuring that everyone's language rights were respected.

(3) Exercising the Right to Speak in the Official Language of One's Choice

[40] With these guideposts in mind, it bears repeating that the right at issue in this case is that of speaking in the official language of one's choice. As this

de leurs droits, pourra difficilement convaincre un tribunal que la violation de ces droits a nui à son client ou a porté atteinte à ses intérêts. Dans de tels cas, le tribunal pourra alors conclure que la partie tente de tirer avantage de ces violations à des fins purement stratégiques.

[39] En terminant, nous sommes sensibles au fait que la présence accrue de parties non représentées par avocat devant les tribunaux peut soulever des difficultés additionnelles pour les juges au chapitre de la mise en œuvre de la protection des droits linguistiques. Les juges doivent parfois ajuster le processus pour tenir compte du fait que ces personnes ne sont pas familières avec le système de justice afin, par exemple, de favoriser le déroulement efficace de l'instance et de prévenir l'emploi de manœuvres purement stratégiques par une partie adverse plus expérimentée. Toutefois, la présence d'une partie non représentée par avocat n'entraîne pas la suspension des droits fondamentaux de quiconque. Comme il est expliqué dans l'*Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat* (2006) (en ligne) établi par le Conseil canadien de la magistrature, auquel notre Cour a souscrit dans l'affaire *Pintea c. Johns*, 2017 CSC 23, [2017] 1 R.C.S. 470, l'un des moyens que peut prendre un juge pour favoriser la pleine compréhension et la participation de ces personnes est la mise en place de mesures de gestion d'instance. Un juge devrait aussi prendre le temps d'expliquer la procédure aux parties et de vérifier si elles sont bien au fait des choix qui s'offrent à elles en la matière. À l'opposé, une tentative de simplifier l'audience à cet égard sans consulter adéquatement les parties et les témoins quant à leurs choix et à leurs besoins risque de susciter des complications inutiles. En l'occurrence, le recours à de tels moyens aurait sans doute été préférable et aurait pu permettre d'atténuer l'incidence résultant du fait que M. Mazraani se représentait seul, tout en assurant le respect des droits linguistiques de chacun.

(3) L'exercice du droit de s'exprimer dans la langue officielle de son choix

[40] Ces balises posées, il convient de rappeler que le droit en cause ici est celui de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. Comme notre

Court explained in *Beaulac*, language rights protect a person's right to make a personal choice that does not depend on external factors such as the person's command of the chosen language or his or her linguistic heritage: "... Canadians [have the freedom] to freely assert which official language is their own language" (para. 34). When a person exercises this right, there is thus no need to verify whether he or she speaks better in one language or the other. A person may choose to stick to a single official language or may even change his or her mind while testifying.

[41] The nature of this right becomes particularly significant when it must be determined how a person can exercise it or assert it, and how it can be waived. Mr. Mazraani's arguments require that these points be clarified. Mr. Mazraani alleges that Industrial's witnesses and counsel either took full advantage of their right and chose to speak in English, or waived their right to speak in French through Mr. Turgeon, who, on the second day of the hearing, proposed that it proceed in English with some sentences in French if necessary.

[42] In our view, it seems inappropriate to speak in this regard of "waiver" of a right, be it directly or through counsel. The right is not a right to speak in one's mother tongue or in a language that the court deems to be the person's language: it is the right to make a personal *choice*. If what the right protected was merely speaking in one official language or the other, it would protect nothing: a person *must* speak a language in order to talk and *must*, at least summarily, choose one of the two languages before speaking. What the courts concerned must protect is not just the fact of speaking in one of the official languages, but also the free and *informed* nature of the choice to speak in one of them rather than the other.

[43] As a result, any "waiver" of language rights should at the very least be as informed as the waiver of the right to an interpreter guaranteed by s. 14 of the *Charter* that was discussed in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951: it "has to be clear and unequivocal and must be done with full knowledge of the rights the

Cour l'explique dans *Beaulac*, les droits linguistiques protègent le droit d'une personne de faire un choix personnel, qui ne dépend pas de facteurs externes comme la maîtrise de la langue choisie ou le patrimoine linguistique de la personne : « ... les Canadiens sont libres d'affirmer que l'une ou l'autre langue officielle est la leur » (par. 34). En conséquence, quand une personne exerce ce droit, il n'y a pas lieu de vérifier si elle s'exprime mieux dans une langue ou l'autre. Une personne peut choisir de s'en tenir à une seule langue officielle, ou même changer d'avis au cours de son témoignage.

[41] La nature de ce droit prend toute sa signification lorsque vient le temps de déterminer comment une personne peut l'exercer ou le revendiquer, et comment elle peut y renoncer. L'argumentation de M. Mazraani commande de préciser ces notions. Celui-ci prétend que les témoins et l'avocat d'Industrielle ont soit profité pleinement de leur droit et choisi de parler en anglais, soit renoncé à leur droit de s'exprimer en français par l'entremise de M^e Turgeon, qui, le deuxième jour de l'audience, aurait proposé que celle-ci se déroule en anglais avec quelques phrases en français si nécessaire.

[42] Il nous semble inadéquat de parler à cet égard d'une « renonciation » à un droit, que ce soit directement ou par l'entremise d'un avocat. Le droit n'est pas celui de s'exprimer dans sa langue maternelle ou dans une langue que le tribunal juge être celle de la personne : il s'agit du droit de faire un *choix* personnel. Si le droit protégeait le simple fait de parler une langue officielle ou l'autre, il ne protégerait rien : une personne *doit* s'exprimer dans une langue pour parler et elle *doit* au moins sommairement choisir l'une des deux avant de s'exprimer. Ce que les tribunaux visés doivent protéger, c'est non seulement le fait de s'exprimer dans une des langues officielles, mais aussi le caractère libre et *éclairé* du choix de s'exprimer dans l'une plutôt que l'autre.

[43] Par conséquent, toute « renonciation » aux droits linguistiques devrait à tout le moins être éclairée, au même titre que la renonciation au droit à un interprète garanti à l'art. 14 de la *Charte* décrite dans *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951 : elle « doit être claire et sans équivoque et doit être faite en pleine

procedure was enacted to protect and the effect that waiver will have on those rights” (pp. 996-97). From this perspective, it seems wrong to speak of an informed “waiver” of an informed choice. If the choice is informed, there is no waiver, but only a choice; if the choice is not informed, a waiver of the choice cannot be informed either. The two go hand in hand.

[44] The principles enunciated by this Court in *Tran* remain relevant: in the instant case, as in *Tran*, the exercise of the language rights depended on a choice made by the holder of the rights. The mere fact of speaking in one official language does not always reflect an exercise of those rights. Individuals who are unaware of their language rights could think that they are required to speak in the other official language. In the context of language rights, the court must have no doubt, before concluding that the rights in question were properly exercised and rejecting an allegation that they have been violated, that the person has made a free and informed choice to speak in one official language or the other.

[45] The “assertion” of the right to speak in one official language is subject to no particular form. In our view, while there are a number of signs that would suffice to alert a judge with respect to his or her duties, none of them are necessary on their own. For example, the fact that a witness began his or her testimony in one language or switched to a language after having testified for some time in the other official language will generally be sufficient as an indication in due form of the witness’s choice to speak in that language. In fact, if a person switches languages during certain parts of his or her testimony or asks to speak in the other official language, that could be a sign that the person’s original choice was not informed. Vigilance on the judge’s part thus remains necessary, especially in the presence of individuals, such as witnesses, who may not be informed as regards this right. In any event, given that the right to speak in the official language of one’s choice is distinct from the parties’ right to an interpreter under s. 15(2) of the *OLA*, the right to speak in the official language of one’s choice does not have to be “asserted” by submitting a request for an interpreter

connaissance des droits que la procédure vise à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits » (p. 996-997). De ce point de vue, il nous apparaît inexact de parler d’une « renonciation » éclairée à un choix éclairé. Si le choix est éclairé, il n’y aura aucune renonciation, seulement un choix; si le choix n’est pas éclairé, alors la renonciation au choix ne pourra pas l’être non plus. Les deux vont de pair.

[44] Les enseignements de notre Cour dans l’arrêt *Tran* demeurent pertinents, puisqu’ici comme alors, l’exercice des droits linguistiques repose sur un choix fait par leur titulaire. Le seul fait de s’exprimer dans une langue officielle ne reflète pas toujours l’exercice de ces droits. Une personne qui n’est pas au fait de ses droits linguistiques pourrait penser qu’elle doit s’exprimer dans l’autre langue officielle. Dans le contexte des droits linguistiques, le tribunal concerné ne doit pas avoir de doute que la personne a choisi de manière libre et éclairée de s’exprimer dans une langue ou dans l’autre avant de conclure que les droits en question ont été correctement exercés et qu’une allégation de violation de ceux-ci doit être rejetée.

[45] La « revendication » du droit de s’exprimer dans une langue officielle n’est soumise à aucune forme particulière. Nous considérons que si plusieurs indices sont suffisants pour éveiller l’attention du juge sur ses obligations, aucun n’est en soi nécessaire. Par exemple, le fait pour un témoin de parler dans une langue dès le début de son témoignage, ou encore de changer de langue après avoir témoigné un certain temps dans l’autre langue officielle, sera généralement suffisant pour constituer une indication en bonne et due forme du choix de cette personne de s’exprimer dans cette langue. De fait, si une personne change de langue durant certaines portions de son témoignage ou demande à s’exprimer dans l’autre langue officielle, cela pourrait constituer un indice que son choix initial n’était pas éclairé. La vigilance du juge demeure donc nécessaire, surtout en présence de personnes qui risquent de ne pas être informées de ce droit, par exemple les témoins. Dans tous les cas, comme le droit de s’exprimer dans la langue officielle de son choix est dissocié du droit des parties à un interprète prévu au par. 15(2) de la *LO*, le droit de s’exprimer dans la langue officielle

to an official of the court or to the judge. It is for the party who wishes to obtain the services of an interpreter to apply for them.

(4) Possible Remedies in the Event of a Violation

[46] Finally, any remedy that is granted when language rights have not been upheld must itself also support the achievement of the objective of these fundamental rights, namely the full and equal participation of linguistic minorities in the country's institutions, or more specifically in the courts in question (*Beaulac*, at paras. 54 and 56). Furthermore, because language rights are not procedural rights, the fact that a violation has had no impact on the fairness of the hearing is in principle not relevant to the remedy (*ibid.*). Indeed, even if there was no error in the decision on the merits, the language rights in question would be compromised if no remedy was granted (see *Belende v. Patel*, 2008 ONCA 148, 89 O.R. (3d) 494, at para. 24).

[47] In *Beaulac* and in other cases concerning s. 530 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides for the right of an accused to be tried by a judge who speaks the same official language as him or her, a finding that this right has been violated has usually led to a new preliminary inquiry (*R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 646, at paras. 148-49) or a new trial (*Dow*, at para. 106; *R. v. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 641, at paras. 37 and 41). New hearings have also been ordered in civil proceedings (*Belende; Kilrich Industries Ltd. v. Halotier*, 2007 YKCA 12, 161 C.R.R. (2d) 331, at paras. 5 et 106). Moreover, a failure to take the language rights provided for in the *OLA* into account has been characterized as an error of law (*Ewonde v. Canada*, 2017 FCA 112, at paras. 14 and 28 (CanLII)). The FCA has also concluded in a civil context that denying a party the right to a hearing in the official language of her choice amounted to a denial of natural justice (*Beaudoin v. Canada*, [1993] 3 F.C. 518 (C.A.), at pp. 526-27).

[48] Thus, a new hearing will generally be an appropriate remedy for most language rights violations.

de son choix n'a pas à être « revendiqué » par la présentation à l'administration du tribunal concerné ou au juge d'une demande sollicitant la présence d'un interprète. Il revient à la partie qui souhaite obtenir les services d'un interprète de présenter elle-même une demande en ce sens.

(4) Les réparations en cas de violation

[46] Enfin, toute réparation accordée lorsque les droits linguistiques ne sont pas respectés doit elle aussi permettre la réalisation de l'objet de ces droits fondamentaux, soit une participation pleine et égale des minorités linguistiques aux institutions du pays, en l'occurrence, les tribunaux visés (*Beaulac*, par. 54 et 56). De plus, les droits linguistiques n'étant pas des droits procéduraux, la réparation n'est en principe pas influencée par l'absence d'incidence sur l'équité de l'audience (*ibid.*). Les droits linguistiques seraient en effet compromis si aucune réparation n'était accordée lorsque la décision au fond n'est entachée d'aucune erreur (voir *Belende c. Patel*, 2008 ONCA 148, 89 O.R. (3d) 502, par. 24).

[47] Dans l'arrêt *Beaulac*, ainsi que dans d'autres affaires portant sur l'art. 530 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, lequel énonce le droit d'un accusé de subir son procès devant un juge qui parle sa langue officielle, la constatation d'une violation de ce droit a entraîné le plus souvent la tenue d'une nouvelle enquête préliminaire (*R. c. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 691, par. 148-149) ou d'un nouveau procès (*Dow*, par. 106; *R. c. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 654, par. 37 et 41). De nouvelles audiences ont aussi été ordonnées dans un contexte civil (*Belende; Kilrich Industries Ltd. c. Halotier*, 2007 YKCA 12, par. 5 et 106 (CanLII)). Le fait de ne pas tenir compte des droits linguistiques prévus à la *LLO* a d'ailleurs été qualifié d'erreur de droit (*Ewonde c. Canada*, 2017 CAF 112, par. 14 et 28 (CanLII)). La CAF a aussi déjà conclu, dans un contexte civil, que nier à une partie le droit à une audience dans la langue officielle de son choix constitue un déni de justice naturelle (*Beaudoin c. Canada*, [1993] 3 C.F. 518 (C.A.), p. 526-527).

[48] Ainsi, une nouvelle audience constituera généralement une réparation convenable dans la plupart

A new hearing is needed because such a violation deprives one party of the possibility of having access to Canadian justice in the official language of his or her choice. Because the violation occurred in the context of a judicial proceeding, only a new process conducted in a manner respectful of everyone's rights represents a true affirmation of language rights. A judge's failure to take the rights of the persons before him or her into account constitutes both an error of law and a denial of natural justice independently of the quality of his or her judgment and the absence of substantive errors.

[49] Parties may seek such a remedy if they allege that their language rights or those of their counsel have been violated: the right of a party to speak in the official language of his or her choice implies that the party's counsel can speak in an official language that suits the party, be it a language that the party personally understands or the language in which the party believes his or her counsel will be most effective. On the other hand, a party cannot rely on a violation of the language rights of the opposing party or those of counsel for the opposing party in support of the remedy being sought.

[50] As for witnesses, whether it is appropriate for a party to claim that their rights have been violated will depend on the context. A judge who must determine whether that is the case must consider, among other things, the relationship between the party and the witness, the importance of the testimony to the party's case, and the relationship between the party's language interests and those of the witness. Where a violation of a witness's rights entails a violation of the party's right to conduct the case in the official language of his or her choice, there is in effect a violation of the party's language rights. Similarly, where the violation of an important witness's language rights has an impact on the judge's perception or assessment of that witness's testimony, this will give the affected party a genuine interest to raise the violation. The connection between the violation of a witness's language rights and the party who is asking for a new hearing must of course be established precisely: a party must not benefit unduly from violations that have little to do with his or her own

des cas de violation de droits linguistiques. La nécessité d'une nouvelle audience s'explique par le fait qu'une telle violation prive une partie de la possibilité d'avoir accès à la justice canadienne dans la langue officielle de son choix. La violation ayant eu lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire, seule la reprise du processus dans le respect des droits de tous représente une réelle affirmation des droits linguistiques. Le fait pour un juge de ne pas tenir compte des droits des personnes présentes devant lui constitue à la fois une erreur de droit et un déni de justice naturelle, indépendamment de la qualité de son jugement et de l'absence d'erreur de fond.

[49] Une partie pourra demander une telle réparation si elle allègue la violation de ses droits linguistiques ou de ceux de son avocat : le droit d'une partie de s'exprimer dans la langue officielle de son choix implique que son avocat puisse s'exprimer dans une langue officielle qui sied à celle-ci, que ce soit une langue qu'elle-même comprend, ou la langue par laquelle elle croit que son avocat sera le plus efficace. Inversement, une partie ne pourra pas invoquer la violation des droits linguistiques de la partie adverse ou de l'avocat de cette dernière pour justifier la réparation recherchée.

[50] Quant aux témoins, le contexte permettra de conclure s'il est approprié pour une partie de soulever la violation de leurs droits. Les juges appelés à évaluer si c'est le cas devront notamment considérer la relation entre la partie et le témoin, l'importance du témoignage pour la cause de la partie, et la relation entre les intérêts linguistiques de la partie et ceux du témoin. Lorsque la violation des droits d'un témoin entraîne une violation du droit d'une partie de mener sa cause dans la langue officielle de son choix, il y a alors, dans les faits, violation des droits linguistiques de cette partie. De même, lorsque la violation des droits linguistiques d'un témoin important a une incidence sur la perception ou l'évaluation de son témoignage par le juge, cette violation confère à la partie touchée un intérêt réel à la soulever. Le lien entre la violation des droits linguistiques d'un témoin et la partie qui demande une nouvelle audience doit bien sûr être établi avec rigueur : une partie ne doit pas profiter indûment de violations qui ont peu à voir avec ses propres droits et intérêts. Toutefois, de

rights and interests. Generally speaking, however, the courts should favour the existence of effective remedies for violations of witnesses' language rights.

[51] That being said, if the violation of a person's language rights has had a genuine impact on the party who is asking for a new hearing, that remedy should be granted where the violation in question brings the administration of justice into disrepute. This will generally be the case given that language rights have a systemic aspect and that the individual right also exists in favour of the community. A violation that seems minor at a personal level will nonetheless have some weight simply because it contributes to putting a brake on the full and equal participation of members of official language communities in the country's institutions and undermines the equality of status of the official languages. Moreover, a violation of language rights can shake the public's confidence in the administration of justice: if a judge gives an advantage at a hearing to members of one language group to the detriment of the other group, that could be perceived as a sign of bias (*Munkonda*, at para. 63).

[52] However, a remedy cannot be disproportionate in relation to the scale of the language rights violation, its recurrence and its impact on personal dignity. A short-term violation or one that is relatively harmless for its victim might not justify ordering a new hearing. The same is true of a violation that seems to have been raised for purely tactical purposes, such as when a party showed no concern about it at the hearing. On the other hand, the courts must be sensitive to the fact that unrepresented parties may have more difficulty intervening at the hearing to assert their language rights and those of their witnesses.

[53] Furthermore, practical considerations, such as the length and complexity of a hearing and the significance of its impact on the individuals participating in it, or the relative importance of the testimony at issue, might also justify a court's contemplating a remedy other than a new hearing. It should be borne in mind that upholding language rights does not require perfection and that, for example, saying a few

manière générale, les tribunaux devraient favoriser l'existence de réparations efficaces des violations des droits linguistiques des témoins.

[51] Cela étant, si la violation des droits linguistiques d'une personne a réellement une incidence sur la partie qui demande une nouvelle audience, cette réparation devra être accordée lorsque la violation en question déconsidère l'administration de la justice. Ce sera généralement le cas puisque les droits linguistiques comportent un aspect systémique et que le droit individuel existe aussi en faveur de la communauté. Une violation qui semble mineure sur le plan individuel aura néanmoins un certain poids du seul fait qu'elle contribue à freiner la pleine et égale participation des membres des communautés linguistiques officielles aux institutions du pays et à miner l'égalité de statut des langues officielles. En outre, la violation de droits linguistiques peut ébranler la confiance du public dans l'administration de la justice : le fait pour un juge d'avantager un groupe linguistique au détriment d'un autre lors d'une audience pourrait être perçu comme un signe de partialité (*Munkonda*, par. 63).

[52] Toutefois, une réparation ne peut être disproportionnée par rapport à l'ampleur de la violation des droits linguistiques, sa persistance et son incidence sur la dignité de l'individu. Une violation de courte durée ou peu préjudiciable à la personne qui la subit pourrait ne pas justifier la tenue d'une nouvelle audience. Il en va de même d'une violation qui paraît soulevée à des fins purement stratégiques, notamment lorsqu'une partie s'y est montrée indifférente à l'audience. En revanche, les tribunaux doivent être sensibles au fait que les parties non représentées peuvent avoir plus de difficulté à intervenir à l'audience pour faire respecter leurs droits linguistiques et ceux de leurs témoins.

[53] De plus, des considérations d'ordre pratique, telles la longueur d'une audience, sa complexité et son incidence considérable sur les personnes y participant, ou encore l'importance relative du témoignage en cause, pourraient aussi justifier le tribunal d'envisager une réparation autre qu'une nouvelle audience. Il convient de rappeler que le respect des droits linguistiques n'exige pas la perfection et que,

words in the other language does not automatically constitute a violation of those rights (*Munkonda*, at para. 109; *Potvin*, at para. 37).

[54] Therefore, when a new hearing is not justified, the court can award costs if the violation resulted from, among other things, the conduct of one of the parties, or declare that the rights of a party or a witness were violated. It is also open to a person whose rights under the *OLA* have not been upheld to make a complaint by means of the mechanism established in that Act (see ss. 58 et seq.). Finally, there may be situations that lend themselves to the development of more creative remedies under s. 24(1) of the *Charter* (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 24-45). But the decision not to order a new hearing must always be carefully explained in light both of the violation's seriousness and of the remedy's impact.

B. *Application to the Facts*

[55] With these considerations in mind, we are of the opinion that the two questions raised in this case must be answered in the affirmative. The language rights of several witnesses and of counsel for Industrial were not upheld in the TCC, the impact of those violations has been established and the circumstances of the case require a new hearing.

(1) Language Rights Violations at Issue

[56] Several individuals who participated in this case had their language rights infringed at the hearing in the TCC.

[57] First of all, the judge placed on Mr. Michaud the burden of the informal nature of the proceedings and of the fact that Mr. Mazraani, who was not represented by counsel, had not informed anyone that he needed an interpreter. Asking the witness to choose between having the hearing adjourned and testifying in English was incompatible with the witness's right under s. 15(1) of the *OLA* to be heard in the official language of his choice.

par exemple, quelques mots prononcés dans l'autre langue ne constituent pas systématiquement une violation de ces droits (*Munkonda*, par. 109; *Potvin*, par. 37).

[54] Aussi, lorsque la tenue d'une nouvelle audience n'est pas justifiée, le tribunal peut accorder des dépens si la violation résulte entre autres du comportement de l'une des parties, ou déclarer que les droits d'une partie ou d'un témoin ont été enfreints. Une personne dont les droits prévus par la *LLO* ne sont pas respectés pourrait aussi porter plainte suivant le mécanisme établi par cette loi (voir art. 58 et suiv.). Certaines situations pourraient enfin se prêter à l'élaboration de réparations plus créatives, en vertu du par. 24(1) de la *Charte* (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24-45). Mais la décision de ne pas ordonner une nouvelle audience devra toujours être justifiée rigoureusement, en fonction de la gravité tant de la violation que de l'incidence de la réparation.

B. *L'application aux faits*

[55] Sur la foi de ces considérations, nous sommes d'avis que les deux questions soulevées en l'espèce commandent une réponse affirmative. Les droits linguistiques de plusieurs témoins et de l'avocat d'Industrielle devant la CCI n'ont pas été respectés, l'incidence de ces violations est établie et les circonstances requièrent ici la tenue d'une nouvelle audience.

(1) Les violations des droits linguistiques en cause

[56] Plusieurs des personnes ayant pris part à cette affaire ont vu leurs droits linguistiques enfreints à l'audience devant la CCI.

[57] D'abord, le juge a fait porter à M. Michaud le poids du caractère informel des procédures et du fait que M. Mazraani, qui n'était pas représenté par un avocat, n'avait avisé personne qu'il avait besoin d'un d'interprète. Demander au témoin de choisir entre reporter l'audience ou témoigner en anglais allait à l'encontre du droit reconnu à celui-ci par le par. 15(1) de la *LLO* d'être entendu dans la langue officielle de son choix.

[58] In addition, counsel for the MNR seems to have subordinated his witness's right to speak in French to Mr. Mazraani's authorization. In the circumstances, and in light of what the witness and her lawyer said, the judge should have intervened to explain that the right to testify in the official language of one's choice is unconditional.

[59] Then, on the third day of the hearing, the judge denied Mr. Charbonneau the right to speak in French despite his having clearly asked to speak that language on beginning his testimony. On that day, Mr. Turgeon, counsel for Industrial, began examining his witness in French. But the judge intervened to ask him to proceed in English, after which the judge interrupted the lawyer, who had just begun to give his answer, the full content of which will never be known, and addressed the witness directly to ask whether he spoke English. The judge's insistence in this regard clearly made Mr. Charbonneau uncomfortable:

JUSTICE ARCHAMBAULT: [TRANSLATION] Is it possible to — [ORIGINAL IN ENGLISH] to do it in English?

[ORIGINAL IN ENGLISH]

MR. TURGEON: Oh, oh yeah, I'm sorry, I'm not sure —

JUSTICE ARCHAMBAULT: Can you speak . . .

[TRANSLATION]

MR. CHARBONNEAU: Can I just say something?

JUSTICE ARCHAMBAULT: Yes.

MR. CHARBONNEAU: Yes, as a matter of fact, I'm better in French . . .

JUSTICE ARCHAMBAULT: Yes.

MR. CHARBONNEAU: . . . and I'm a little surprised because at work our meetings are basically, everything is done in French.

[58] De plus, l'avocat de la MRN a semblé subordonner le droit de son témoin de s'exprimer en français à l'autorisation de M. Mazraani. Dans les circonstances, et compte tenu des propos du témoin et de son avocat, le juge aurait dû intervenir pour expliquer que le droit de témoigner dans la langue officielle de son choix est inconditionnel.

[59] Ensuite, le troisième jour de l'audience, M. Charbonneau s'est vu refuser le droit de s'exprimer en français par le juge, malgré sa demande claire à cet effet dès le début de son témoignage. Ce jour-là, M^e Turgeon, l'avocat d'Industrielle, commence à interroger son témoin en français. Le juge intervient toutefois pour lui demander de procéder à l'interrogatoire en anglais, puis, interrompant l'avocat qui amorce tout juste sa réponse dont on ne connaîtra jamais la teneur complète, il s'adresse directement au témoin pour vérifier auprès de lui s'il parle l'anglais. À l'évidence, M. Charbonneau est mal à l'aise devant cette insistance du juge :

LE JUGE ARCHAMBAULT : Est-ce que c'est possible de — [TRADUCTION] de le faire en anglais?

M^e TURGEON : [TRADUCTION] Oh, oh oui, je suis désolé, je ne suis pas certain —

LE JUGE ARCHAMBAULT : [TRADUCTION] Pouvez-vous parler . . .

M. CHARBONNEAU : Est-ce que je peux mentionner quelque chose?

LE JUGE ARCHAMBAULT : Oui.

M. CHARBONNEAU : Oui, en fait je suis mieux en français . . .

LE JUGE ARCHAMBAULT : Oui.

M. CHARBONNEAU : . . . et puis je suis un petit peu surpris parce que dans le fond les réunions qu'on fait à notre bureau, tout se passe en français.

JUSTICE ARCHAMBAULT: Uh-huh.

MR. CHARBONNEAU: Can I answer in French?

JUSTICE ARCHAMBAULT: But the taxpayer ... the person before us today whose ... whose appeal this is ...

MR. CHARBONNEAU: Yes.

JUSTICE ARCHAMBAULT: ... tells us that he has trouble understanding French. So we're asking witnesses as much as possible to speak in English. Are you relatively comfortable speaking English?

MR. CHARBONNEAU: Well, I'll try ...

JUSTICE ARCHAMBAULT: Yes, fine.

MR. CHARBONNEAU: ... to do my best ...

JUSTICE ARCHAMBAULT: All right.

MR. CHARBONNEAU: ... and we'll be able to ...

JUSTICE ARCHAMBAULT: We all make mistakes in English, so please don't worry about that.

MR. CHARBONNEAU: Thank you. [Emphasis added.]

[60] In our opinion, this passage illustrates a clear violation of the constitutional right to speak in the official language of one's choice in a federal court. Although the judge had a duty under s. 15(1) of the *OLA* and s. 19(1) of the *Charter* to take proactive measures to ensure that Mr. Charbonneau's rights were upheld, he instead asked Mr. Charbonneau not to assert his right but to testify in a language chosen by the judge in the interest of the other party. He continued this insistence even in response to a direct question: [TRANSLATION] "Can I answer in French?" What is more, when Mr. Charbonneau tried to explain himself, perhaps to qualify his response and to limit his undertaking to answer in English, the judge interrupted him.

[61] Similarly, the judge should never have insisted on the fifth day of the hearing that Mr. Leclerc

LE JUGE ARCHAMBAULT : M'hm.

M. CHARBONNEAU : Est-ce que je peux répondre en français?

LE JUGE ARCHAMBAULT : Mais le contribuable ... la personne qui est devant nous aujourd'hui dont c'est ... dont c'est l'appel ...

M. CHARBONNEAU : Oui.

LE JUGE ARCHAMBAULT : ... nous dit qu'il a de la difficulté à comprendre le français. Donc on demande autant que possible aux témoins de s'exprimer en anglais. Est-ce que vous vous sentez relativement à l'aise pour parler en anglais?

M. CHARBONNEAU : Ben je vais essayer ...

LE JUGE ARCHAMBAULT : Oui, d'accord.

M. CHARBONNEAU : ... le mieux que je peux ...

LE JUGE ARCHAMBAULT : D'accord.

M. CHARBONNEAU : ... pis on va pouvoir ...

LE JUGE ARCHAMBAULT : On fait tous des fautes en anglais, soyez tout à fait à l'aise de ce côté-là.

M. CHARBONNEAU : Merci. [Nous soulignons.]

[60] À notre avis, ce passage illustre une violation claire du droit constitutionnel de s'exprimer dans la langue officielle de son choix devant un tribunal fédéral. Bien que, suivant les par. 15(1) de la *LLO* et 19(1) de la *Charte*, le juge soit tenu de prendre des mesures proactives pour s'assurer du respect des droits de M. Charbonneau, ce dernier est plutôt invité à ne pas revendiquer son droit et à témoigner dans une langue choisie par le juge dans l'intérêt de l'autre partie. Cette insistence continue de se manifester même en réponse à une question directe : « Est-ce que je peux répondre en français? » Qui plus est, alors que M. Charbonneau tente de s'expliquer, peut-être pour nuancer sa réponse et limiter son engagement à répondre en anglais, le juge l'interrompt.

[61] De même, le juge n'aurait jamais dû insister pour que le témoignage de M. Leclerc, le cinquième

testify primarily in English. This is true even though Mr. Leclerc had stated at the beginning of his testimony that he would be speaking in English. Indeed, counsel for Industrial repeatedly reminded his witness of his right to testify in French by explicitly inviting him to answer in that language, but the judge prevented the witness from exercising this right either directly, by telling him to speak English, or indirectly, by asking him questions in English. In the context of this testimony, which was clearly tense, the witness could quite certainly have interpreted these interventions by the judge as calls to order. In fact, at one point in his testimony, Mr. Leclerc himself stated that he would answer in French, before immediately changing his mind and saying that he would do so in English. This clearly shows that at this point in the hearing, the question of language had become problematic. The discussions on this point were intense and arduous. One exchange between the judge and counsel for Industrial on Mr. Leclerc's right to testify in French illustrates this in no uncertain terms:

JUSTICE ARCHAMBAULT: [ORIGINAL IN ENGLISH] You know, I've let you go, but, you know, technically he's your witness and you ask leading questions. I would prefer if you ask him what do you do with —

[TRANSLATION]

MR. TURGEON: Okay. But y'know it's not easy either, My Lord, as my mother tongue is not English.

JUSTICE ARCHAMBAULT: Uh-huh.

MR. TURGEON: It's not the witness's either, and that's where things get absolutely difficult. I'm trying to find a way for us ... I understand that we have to speak in English, but I don't think that can be done to the detriment of one of the parties either.

JUSTICE ARCHAMBAULT: I understand you very well, but you know ... you're a lawyer. You do litigation, so you know the difference.

MR. TURGEON: Yes, yes, My Lord, I know the rule.

jour de l'audience, se déroule principalement en anglais. Cela reste vrai même si M. Leclerc avait indiqué au début de son témoignage qu'il s'exprimerait en anglais. En l'occurrence, l'avocat d'Industrielle a à plusieurs reprises rappelé à son témoin son droit de déposer en français en l'invitant explicitement à répondre dans cette langue, mais le juge l'a empêché d'exercer ce droit soit directement, en lui enjoignant de parler en anglais, soit indirectement, en l'interrogeant lui-même en anglais. Dans le contexte de ce témoignage, à l'évidence tendu, ces interventions du juge ont très certainement pu être interprétées par le témoin comme des rappels à l'ordre. De fait, à un moment de son témoignage, M. Leclerc a lui-même indiqué qu'il répondrait en français, pour ensuite immédiatement se raviser et annoncer qu'il le ferait en anglais. Cela démontre bien qu'à ce stade de l'audience, la question de la langue était devenue un problème. Les discussions sur ce point étaient chargées et ardues. Un échange entre le juge et l'avocat d'Industrielle sur le droit de M. Leclerc de témoigner en français l'illustre de façon on ne peut plus claire :

LE JUGE ARCHAMBAULT : [TRADUCTION] Vous savez, je vous ai laissé faire, mais, vous savez, en principe, il est votre témoin et vous lui posez des questions suggestives. Je préférerais que vous lui demandiez que faites-vous de —

M^e TURGEON : O.k. Mais disons que c'est pas facile non plus, Monsieur le juge, du fait que ma langue maternelle n'est pas l'anglais.

LE JUGE ARCHAMBAULT : M'hm.

M^e TURGEON : Le témoin non plus, et là ça devient absolument difficile. J'essaye de retrouver une façon où on ... je comprends qu'il faut parler en anglais, mais je pense pas que ça peut être fait au détriment d'une des parties, par ailleurs.

LE JUGE ARCHAMBAULT : Je comprends très bien, mais vous savez ... vous êtes un avocat. Vous faites du droit litigieux, donc vous connaissez la différence.

M^e TURGEON : Oui, oui, Monsieur le juge, je connais la règle.

JUSTICE ARCHAMBAULT: Okay.

MR. TURGEON: But I'm trying to see here how we can "manage" a situation, because in litigation, generally the rule is that it's always in the witness's language. That's the universal rule, always.

JUSTICE ARCHAMBAULT: And so if we want to do it in both languages, interpretation services must be requested.

MR. TURGEON: Okay, but I don't have a problem. I'm comfortable in both languages.

JUSTICE ARCHAMBAULT: Yes, I understand, but [ORIGINAL IN ENGLISH] we're faced with a situation where we have the taxpayer —

[ORIGINAL IN ENGLISH]

MR. TURGEON: Yeah.

JUSTICE ARCHAMBAULT: — who says he doesn't understand [French] and —

MR. TURGEON: But he should then require —

JUSTICE ARCHAMBAULT: But the issue is we're trying to do the best under —

MR. TURGEON: Yeah, yeah, but I just want the Court to — I understand the objection, My Lord.

JUSTICE ARCHAMBAULT: I do understand it makes it a little bit more difficult for you but I know you can handle it. [Emphasis added.]

[62] Mr. Turgeon was thus insistent in raising the applicable procedural law and his witness's right to speak in the official language of his choice. When the question of an interpreter came up again, he tried to explain to the judge that Mr. Mazraani could request an interpreter, noting first that the interpreter would not be there in his interest, but the judge interrupted him. The fact that the lawyer then chose to continue his examination-in-chief does not have the effect of lightening the judge's responsibility to favour the protection of the witness's language rights. Just as in the case of Mr. Charbonneau, the violation of Mr. Leclerc's rights was serious, wilful and repeated,

LE JUGE ARCHAMBAULT : O.k.

M^e TURGEON : Mais ici j'essaye de voir comment on peut « manager » une situation, parce que quand on fait du litige, généralement la règle c'est que c'est toujours dans la langue du témoin. Ça c'est la règle universelle tout le temps.

LE JUGE ARCHAMBAULT : Et donc si on veut le faire dans les deux langues, il faut demander un service d'interprètes.

M^e TURGEON : O.k., mais moi, j'ai pas de problème là. Je suis à l'aise dans les deux langues.

LE JUGE ARCHAMBAULT : Oui, je comprends, mais [TRADUCTION] nous nous trouvons dans une situation où le contribuable —

[TRADUCTION]

M^e TURGEON : Oui.

LE JUGE ARCHAMBAULT : — affirme qu'il ne comprend pas [le français] et —

M^e TURGEON : Mais il devrait alors exiger —

LE JUGE ARCHAMBAULT : Cependant, il faut dire que nous essayons d'agir au mieux dans —

M^e TURGEON : Oui, oui, mais je veux juste que la Cour — je comprends l'objection, Monsieur le juge.

LE JUGE ARCHAMBAULT : Je comprends que ça vous rend la tâche un peu plus difficile, mais je sais que vous en êtes capable. [Nous soulignons.]

[62] Maître Turgeon a ainsi insisté pour soulever le droit procédural applicable et le droit de son témoin de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. Lorsque la question de l'interprète a refait surface, il a tenté d'expliquer au juge que M. Mazraani pourrait demander la présence d'un interprète, non sans avoir rappelé que cet interprète ne serait pas présent dans son intérêt à lui, mais le juge l'a interrompu. Que l'avocat ait alors choisi de continuer son interrogatoire en chef n'a pas pour effet d'atténuer la responsabilité qu'avait le juge de favoriser la protection des droits linguistiques du témoin. Tout comme pour M. Charbonneau, la violation des droits était grave,

and it resulted in several confrontations between the judge and counsel for Industrial.

[63] Lastly, the judge violated Mr. Turgeon’s constitutional rights and his rights under s. 14 of the *OLA* by denying him the right to present his argument in French in this discussion that took place in English on the fifth day of the hearing:

MR. TURGEON: Just to be clear, everything I have here is in French. I intend to plead in French tomorrow. We may resume for the witness but I don’t think I will serve correctly my client if I’m not doing —

JUSTICE ARCHAMBAULT: Okay.

MR. TURGEON: And all the precedent[s] are mainly in French.

JUSTICE ARCHAMBAULT: Okay. Anyway, do your best tomorrow.

MR. TURGEON: Okay.

JUSTICE ARCHAMBAULT: . . . But I would encourage you to do [the] best you can do in English.

MR. TURGEON: Okay.

JUSTICE ARCHAMBAULT: But, you know, if you need to do it in French I’ll let you do it and we’ll translate if necessary. That will just slow the process. [Emphasis added.]

Mr. Turgeon’s assertion of his right to speak in French was perfectly clear. While he was explaining the reason for his choice and why he considered it important, the judge interrupted him, apparently to tell him that he could argue in French, but the judge then qualified this by asking Mr. Turgeon to do the best he could in English, specifying that if he insisted on speaking French, “[t]hat will just slow the process”.

volontaire et répétée dans le cas de M. Leclerc, et elle a mené à plusieurs confrontations entre le juge et l’avocat d’Industrielle.

[63] Enfin, les droits constitutionnels de M^e Turgeon ainsi que ses droits prévus à l’art. 14 de la *LLO* ont été violés par le juge lorsque celui-ci lui a refusé le droit de plaider en français le cinquième jour de l’audience dans cet échange qui a eu lieu en anglais :

[TRADUCTION]

M^e TURGEON : Juste pour que les choses soient bien claires, tout ce que j’ai ici est en français. J’ai l’intention de plaider en français demain. Nous pouvons poursuivre en ce qui a trait au témoin, mais je ne crois pas que je vais bien servir les intérêts de mon client si je ne —

LE JUGE ARCHAMBAULT : D’accord.

M^e TURGEON : Et toute la jurisprudence est principalement en français.

LE JUGE ARCHAMBAULT : D’accord. Quoi qu’il en soit, faites de votre mieux demain.

M^e TURGEON : D’accord.

LE JUGE ARCHAMBAULT : . . . Je vous encourage toutefois à faire de votre mieux en anglais.

M^e Turgeon : D’accord.

LE JUGE ARCHAMBAULT : Mais vous savez, si vous avez besoin de vous exprimer en français, je vais vous laisser faire et nous traduirons au besoin. Ça ne fera que ralentir le processus. [Nous soulignons.]

La revendication par M^e Turgeon de son droit de s’exprimer en français était limpide. Alors qu’il expliquait la raison et l’importance de ce choix à ses yeux, le juge l’a interrompu, apparemment pour lui dire qu’il pourrait plaider en français, ce qui a par la suite été nuancé lorsqu’il a demandé à M^e Turgeon de faire de son mieux en anglais en précisant que s’il insistait pour parler français, [TRADUCTION] « [ç]a ne fera que ralentir le processus ».

[64] On the sixth and final day of the hearing, Mr. Turgeon therefore presented his argument mainly in English. The judge observed that Mr. Turgeon was less fluent in that language and even made the following comment, in English: “. . . it is apparent that you don’t practice as much in English . . .” The judge nonetheless repeatedly asked him to speak English when he was presenting certain ideas in French. The judge eventually had to let Mr. Turgeon clarify certain aspects of his argument in French, as he could see that the lawyer was having trouble speaking in English, and Mr. Turgeon himself said “[m]y English is very bad”. The judge’s insistence that Mr. Turgeon speak English during most of his argument constitutes a flagrant violation of the lawyer’s language rights.

[65] Although this has no impact on our analysis or on our conclusions, we would like to point out in closing that s. 15(2) of the *OLA* was also not complied with at the hearing in the TCC. As the FCA noted, despite the pressure exerted by the judge, a number of parts of the testimony of Industrial’s witnesses and the presentation of its argument took place in French. Yet Mr. Mazraani had stated, on the second day of the hearing, that he would need an interpreter if the hearing was to proceed in French much of the time. Despite this, the judge did not inform him of his right to be provided an interpreter at the TCC’s expense or of the procedure to follow to request one. Because Mr. Mazraani was an unrepresented party, a proactive approach would have been particularly appropriate in this case. Even though Mr. Mazraani has not raised this violation in this Court, it did nevertheless occur. And what is more, it was the source of all the other violations against Industrial and its witnesses, who were ultimately made to bear the burden of this absence of an interpreter.

(2) Impact of the Violations

[66] The language rights violations in question in this case were not only numerous, they had an undeniable impact on the witnesses, on the parties and on the hearing. And much of the judge’s harsh criticism, in his reasons, of Mr. Michaud, Mr. Leclerc

[64] Au sixième et dernier jour de l’audience, M^e Turgeon a donc surtout plaidé en anglais. Le juge a constaté qu’il était moins habile dans cette langue et a même fait remarquer ce qui suit en anglais : [TRADUCTION] « . . . il est évident que vous ne pratiquez pas aussi souvent en anglais . . . ». Le juge lui a néanmoins demandé à de multiples reprises de s’exprimer en anglais lorsque celui-ci présentait certaines idées en français. Il a dû finalement lui permettre de préciser certains aspects de son argumentation en français devant le constat que M^e Turgeon avait de la difficulté à s’exprimer en anglais et l’affirmation suivante de celui-ci : [TRADUCTION] « [m]on anglais est très mauvais ». Cette insistance du juge pour que M^e Turgeon s’exprime en anglais durant la majeure partie de sa plaidoirie constitue une violation flagrante des droits linguistiques de l’avocat.

[65] Bien que cela n’influe ni sur notre analyse, ni sur nos conclusions, nous soulignons en terminant que le par. 15(2) de la *LLO* n’a pas été respecté non plus lors de l’audience devant la CCI. Comme le fait remarquer la CAF, malgré la pression exercée par le juge, plusieurs portions des témoignages des témoins d’Industrielle et de sa plaidoirie ont été livrées en français. Or, M. Mazraani avait indiqué, et ce, dès le deuxième jour de l’audience, qu’il aurait besoin d’un interprète si l’instruction allait se dérouler une bonne partie du temps en français. Malgré cela, le juge ne l’a pas informé de son droit à un interprète aux frais de la CCI et de la procédure à suivre pour en faire la demande. Comme M. Mazraani était une partie non représentée, une approche proactive était tout particulièrement de mise en l’espèce. Bien que M. Mazraani ne soulève pas cette violation devant nous, il n’en demeure pas moins qu’elle a bel et bien eu lieu. Elle est du reste la source de toutes les autres violations subies par Industrielle et ses témoins, à qui l’on a fait porter en définitive le poids de l’absence de cet interprète.

(2) L’incidence des violations

[66] En l’espèce, non seulement ces violations des droits linguistiques ont été multiples, mais elles ont eu une incidence indéniable sur les témoins, les parties et l’audience. Dans ses motifs, plusieurs des sévères critiques dirigées par le juge contre

and counsel for Industrial was in fact directly related to problems that are difficult to separate from the language issue.

[67] For example, the judge faulted Mr. Michaud for using certain expressions that he saw as signs of misleading or evasive testimony, such as “to be honest with you” (para. 226), as well as “make sure”, which (in his view) had been used in place of “supervise” or “compliance” (paras. 240-42). He seems to have seen bad faith in what may simply have been an awkward use of expressions in a language in which the witness was not fluent.

[68] In Mr. Leclerc’s case, the judge seems to have accepted that the witness’s vocabulary was limited and imprecise, and he did not fault Mr. Leclerc for sometimes choosing vague words. Yet he concluded that the word “help” was for Mr. Leclerc a synonym of “supervise” and “control” (footnote 239). This interpretation of Mr. Leclerc’s testimony, which was unfavourable to Industrial and had been made possible because the witness was speaking in a language in which everyone — including the judge — acknowledged that he was not fluent, may certainly have influenced the finding that Mr. Leclerc had contradicted himself (paras. 235-37). Conversely, the judge did not consider the witness’s difficulties in speaking in order to determine whether the parts of his testimony that seemed contradictory were in fact contradictory. While it is admittedly difficult to determine the extent to which the violations affected the judge’s perception of the testimony, these examples as a whole suffice to establish that the impact of the violations was probably not insignificant.

[69] As for Mr. Turgeon, counsel for Industrial, he was undeniably asking his own witness, Mr. Leclerc, leading questions, as underlined by the judge (para. 234). This may explain why the judge stated in his reasons that he believed Mr. Leclerc was misleading the court *with the help* of Mr. Turgeon, which is a serious accusation to make against a lawyer (para. 235). But on at least two occasions when the

M. Michaud, M. Leclerc et l’avocat d’Industrielle sont en effet directement liées à des problèmes difficiles à dissocier de la question de la langue.

[67] Par exemple, le juge a reproché à M. Michaud l’utilisation de certaines expressions qui lui semblaient être des signes d’un témoignage trompeur ou évasif, comme « *to be honest with you* » ([TRADUCTION] « pour être bien franc avec vous ») (par. 226) et « *to make sure* » (« nous assurer ») en lieu et place (à son avis) des mots « *supervise* » (« superviser ») et « *compliance* » (« conformité ») (par. 240-242). Il semble que le juge ait vu de la mauvaise foi là où il y avait peut-être simplement une utilisation maladroite d’expressions tirées d’une langue que le témoin ne maîtrisait pas.

[68] Dans le cas de M. Leclerc, le juge semble avoir accepté que le témoin ne possédait qu’un vocabulaire limité et peu précis, et il ne lui a pas reproché son choix de mots parfois vagues. Il a cependant conclu que le mot « *help* » ([TRADUCTION] « aider ») pour M. Leclerc est un synonyme de « *supervise* » (« superviser ») et « *control* » (« contrôler ») (note en bas de page 239). Cette interprétation, défavorable à Industrielle, du témoignage de M. Leclerc, rendue possible parce que le témoin s’exprimait dans une langue que tous, y compris le juge, reconnaissent qu’il ne maîtrisait pas, a certainement pu influencer la conclusion selon laquelle M. Leclerc se contredisait (par. 235-237). Inversement, le juge n’a pas tenu compte des difficultés du témoin à s’exprimer pour déterminer si les passages de son témoignage qui semblaient contradictoires l’étaient réellement. Bien qu’il soit certes difficile d’évaluer l’ampleur de l’incidence des violations sur la perception des témoignages par le juge, tous ces exemples suffisent pour établir que cette incidence n’est vraisemblablement pas mineure.

[69] Quant à l’avocat d’Industrielle, M^e Turgeon, celui-ci a indéniablement posé des questions suggestives à son propre témoin, M. Leclerc, comme le souligne le juge (par. 234). Cela peut expliquer pourquoi ce dernier a affirmé dans ses motifs qu’il croyait que M. Leclerc induisait le tribunal en erreur *avec l’aide* de M^e Turgeon, une accusation grave à l’endroit d’un avocat (par. 235). Toutefois, à au

judge raised this issue, Mr. Turgeon explained that he was asking such questions because he was trying to obtain clear testimony despite the language barrier. The judge did not mention these explanations in his reasons.

[70] Moreover, nothing in the record suggests that these witnesses and Mr. Turgeon “waived” their right, or knowingly chose to testify or to argue in English. Yet that is what Mr. Mazraani submits. In this regard he argues, first, that all of Industrial’s witnesses and its counsel were bound by the suggestion that had been made on the second day of the hearing to the effect that Mr. Michaud would testify in English with, where needed, some sentences in French and that, consequently, no interpreter would be called in.

[71] We cannot accept this argument. To begin, it is clear from the transcript that this suggestion applied only to Mr. Michaud, and to no one else. On the second day of the hearing, when the judge declared that the hearing would have to be adjourned if Mr. Michaud testified in French, Mr. Turgeon replied, “Let me see if he —”, and the judge asked whether he wanted to take a break to discuss how they should proceed, for Mr. Michaud’s testimony only (emphasis added). The compromise suggested by Mr. Turgeon after the break referred to Mr. Michaud, and not generally to Industrial’s witnesses: “Well, what we propose [is] that we have the testimony in English and the witness will do the best . . . he can. . . . But at some point, he may, if it . . . comes to very technical issues, he may ask to testify in French and we may briefly translate it to the other parties” (emphasis added). That was the proposal the judge agreed to, and it was not renewed for any other witness.

[72] Also, the courts in question have a duty to protect the language rights of every person. They must therefore consider each case individually. This proactive role must be performed even if counsel for a party seems to agree that the language rights of the witnesses he or she calls can be compromised. A party cannot decide on the language in which all of its witnesses will testify unless the witnesses

moins deux reprises, lorsque le juge a soulevé ce fait, M^e Turgeon a expliqué qu’il posait de telles questions parce qu’il tentait d’obtenir un témoignage clair malgré la barrière linguistique. Le juge n’a pas fait état de ces explications dans son jugement.

[70] Par ailleurs, rien au dossier ne permet de soutenir que ces témoins et M^e Turgeon ont « renoncé » à leur droit, ou choisi en toute connaissance de cause de témoigner ou de plaider en anglais. C’est pourtant ce que prétend M. Mazraani. À ce chapitre, il avance dans un premier temps que tous les témoins et l’avocat d’Industrielle étaient liés par la suggestion qui avait été faite au deuxième jour de l’audience et suivant laquelle M. Michaud témoignerait en anglais avec quelques phrases en français, au besoin, et qu’ainsi aucun interprète ne serait convoqué.

[71] Nous ne pouvons retenir cet argument. D’abord, il est clair à la lecture de la transcription que cette suggestion ne s’appliquait qu’à M. Michaud, sans plus. Le deuxième jour de l’audience, lorsque le juge déclare que l’audience devra être suspendue si ce dernier témoigne en français, M^e Turgeon répond, [TRADUCTION] « [v]oyons s’il — » et le juge lui offre de prendre une pause pour discuter des modalités de ce seul témoignage (nous soulignons). Le compromis suggéré par M^e Turgeon au retour de la pause fait mention de M. Michaud, et non des témoins d’Industrielle en général : [TRADUCTION] « Bon, nous proposons que le témoignage soit livré en anglais et que le témoin fasse de son mieux. [. . .] Cependant, à certains moments, celui-ci pourra, s’il [. . .] s’agit de questions très techniques, celui-ci pourra demander de s’exprimer en français et nous pourrions traduire brièvement ces déclarations à l’intention des autres parties » (nous soulignons). C’est cette offre que le juge a acceptée et elle n’a été renouvelée pour aucun autre témoin.

[72] Ensuite, les tribunaux visés ont le devoir de protéger les droits linguistiques de toute personne. Il leur faut donc examiner chaque cas individuellement. Ce rôle proactif doit être joué même si l’avocat d’une partie semble accepter que les droits linguistiques des témoins appelés par celle-ci puissent être compromis. Une partie ne peut décider de la langue du témoignage de tous ses témoins, sans que ceux-ci

confirm that that language is in fact their informed personal choice.

[73] Mr. Mazraani then argues, second, that the witnesses themselves chose to speak in English and that language rights do not require a judge to prevent a person who seems to be a Francophone from speaking in English, and vice versa. With respect, this argument does not take into account the adequacy of the choice so made, an aspect that is in fact protected by the *Constitution Act, 1867*, the *Charter* and the *OLA*. Any person who addresses a federal court may do so in the official language of his or her choice. The question the judge must ask is not whether the person chose an official language given that that choice is inevitable, but whether the person's choice was free and informed. It was not free and informed if the person who made the choice wrongly believed that he or she had to speak in the language of the judge or of a party. Since three people participating in the hearing in the TCC clearly stated that they wanted to speak in French and were all told that they had to continue in English, we cannot conclude that their choice to speak in English was free and informed; quite the contrary.

[74] As we mentioned above, if a lawyer refrains for tactical reasons from intervening in response to a language rights violation, it is possible that a party who seeks to obtain a sanction for that violation will not be granted a new hearing. But that is not what happened in this case. Counsel for Industrial took appropriate steps to assert his own rights as well as the rights of his client and his witnesses. The question of language was raised on the second day of the hearing, at the time of Mr. Michaud's appearance. Mr. Turgeon also tried to examine his next Francophone witness, Mr. Charbonneau, in French. He tried to respond to the judge's request to proceed with the examination in English, but was interrupted by the judge, who then spoke directly to the witness. When the witness himself indicated that he wished to speak in French, the judge told him that it would be better if he spoke in English. In these circumstances, while it is true that others might have considered it necessary to reiterate their disagreement more firmly, Mr. Turgeon's decision to comply seems in our view to be nothing more than a

ne confirment qu'il s'agit bel et bien de leur choix personnel et éclairé.

[73] Dans un deuxième temps, M. Mazraani fait valoir que les témoins auraient choisi d'eux-mêmes de parler en anglais, et que les droits linguistiques n'exigent pas d'un juge qu'il empêche une personne qui semble francophone de parler en anglais, et vice-versa. Avec égards, cet argument ne tient pas compte de la qualité du choix ainsi fait, aspect qui est précisément protégé par la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Charte* et la *LLO*. Toute personne qui s'adresse à un tribunal fédéral peut le faire dans la langue officielle de son choix. La question que le juge doit se poser n'est pas de savoir si la personne a choisi une langue officielle, ce choix étant inévitable, mais plutôt de savoir si elle a choisi cette langue de manière libre et éclairée. Le choix n'est pas libre et éclairé si la personne qui le fait croit à tort qu'elle doit s'exprimer dans la langue du juge ou d'une partie. Puisque trois participants à l'audience devant la CCI ont clairement indiqué vouloir parler en français, et se sont tous fait répondre qu'ils devaient continuer en anglais, nous ne pouvons conclure qu'ils ont choisi l'anglais de manière libre et éclairée, bien au contraire.

[74] Comme nous l'avons mentionné précédemment, le fait qu'un avocat s'abstienne pour des raisons stratégiques d'intervenir lorsque survient une violation de droits linguistiques pourra parfois empêcher une partie qui souhaiterait faire sanctionner cette violation d'obtenir une nouvelle audience. Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'occurrence. L'avocat d'Industrielle a pris des mesures appropriées pour revendiquer ses propres droits, ainsi que les droits de sa cliente et ceux de ses témoins. La question de la langue a été soulevée dès le deuxième jour de l'audience, au moment de la comparution de M. Michaud. Maître Turgeon a de plus tenté d'interroger en français son témoin francophone suivant, M. Charbonneau. Il a tenté de répondre à la demande du juge de procéder en anglais à l'interrogatoire, mais il a été interrompu par ce dernier, qui s'est alors adressé directement au témoin. Lorsque le témoin lui-même a indiqué vouloir parler en français, le juge a expliqué qu'il valait mieux qu'il s'exprime en anglais. Dans ces circonstances, s'il est vrai que d'autres auraient pu juger nécessaire de réitérer

wise and informed choice not to insist further in the face of the judge's directions.

[75] A confrontation in this regard did nevertheless eventually take place on the fifth day of the hearing, when Mr. Turgeon repeatedly intervened, as he saw clearly that the violation of Mr. Leclerc's rights was causing the witness great difficulty and was threatening to affect the quality of his testimony. The transcript reveals a tense situation in which the witness switched back and forth between French and English in accordance with the contradictory instructions of the lawyer and the judge, and a strong assertion by Mr. Turgeon of Mr. Leclerc's right to be examined and to testify in the official language of his choice. The transcript also shows that an attempt was made to point out that an interpreter must be requested by the party who requires one and not by the witness, counsel or the other party, but that this was cut short by the judge's insistence that it was necessary to adapt to the situation at hand.

[76] In this case, counsel for Industrial clearly did not remain silent in order to benefit from the violations in a purely tactical manner with the goal of eventually having a ground for appeal in the event of an unfavourable decision. The witnesses' language rights were not used as an ace up his sleeve, but were on the contrary clearly raised from the start of the hearing and reiterated forcefully throughout it. His choice to defer to the judge's instructions to present his argument and examine the witnesses in English resulted from the judge's insistence that this was necessary, and was not a tactical move on counsel's part.

[77] The fact that counsel for the MNR, the respondent in the TCC proceeding, did not insist on the rights of Industrial's witnesses and of his own witness, Ms. Lambert, does not change anything. The MNR was in this case defending an administrative decision that did not really affect her, whereas Industrial, although an intervener, was defending its business model. The MNR called only one witness,

leur désaccord avec plus de fermeté, la décision de M^e Turgeon d'obtempérer ne nous semble rien de plus qu'un choix sage et avisé de ne pas insister davantage devant les directives du juge.

[75] La confrontation sur cette question a néanmoins fini par avoir lieu, au cinquième jour de l'audience, lorsque M^e Turgeon a multiplié ses interventions, voyant bien que la violation des droits de M. Leclerc lui créait de sérieuses difficultés et menaçait d'affecter la qualité de son témoignage. La transcription révèle un témoignage tendu, le témoin oscillant entre le français et l'anglais suivant les instructions contradictoires de l'avocat et du juge, ainsi qu'une revendication forte par M^e Turgeon du droit de M. Leclerc d'être interrogé et de témoigner dans la langue officielle de son choix. La transcription fait aussi état d'une tentative de rappeler que l'interprète doit être convoqué par la partie qui a besoin de ses services et non par le témoin, l'avocat ou l'autre partie, tentative à laquelle a coupé court l'insistance du juge sur le fait qu'il fallait s'adapter à la situation telle qu'elle était.

[76] En l'espèce, l'avocat d'Industrielle n'est certes pas resté coi afin de tirer avantage de ces violations de manière purement stratégique, dans le but de pouvoir compter éventuellement sur un motif d'appel en cas de décision défavorable. Les droits linguistiques des témoins n'ont pas été utilisés comme un atout caché dans la manche de l'avocat d'Industrielle, mais ont au contraire été clairement invoqués dès le début de l'audience et réitérés avec force tout au long de celle-ci. Le choix de l'avocat d'Industrielle de s'en remettre aux instructions du juge lui intimant de plaider en anglais et d'interroger les témoins en anglais résulte de l'insistance de ce dernier sur le fait que cette façon de faire était nécessaire, et non d'une manœuvre stratégique de la part du premier.

[77] Que l'avocat de la MRN, partie intimée devant la CCI, n'ait pas insisté sur les droits des témoins d'Industrielle et de son témoin, M^{me} Lambert, n'y change rien. La MRN défendait en l'espèce une décision administrative qui avait peu d'effet sur elle, alors qu'Industrielle, bien que partie intervenante, défendait son modèle d'affaires. La MRN n'a appelé qu'un seul témoin, dont le témoignage était secondaire,

whose testimony was secondary, and argued for only a few minutes in defence of the original decision, leaving it to counsel for Industrial to deal with all the evidence concerning the relationship between Mr. Mazraani and Industrial and to present arguments on the law regarding contracts of employment and contracts for services. The real issues were those of Industrial, not those of the MNR.

(3) Ordering a New Hearing

[78] Thus, in light of the facts of this case, the order for a new hearing was fully justified. In this regard, Industrial complains first about the violation of the language rights of its counsel, Mr. Turgeon, a complaint that it can in fact make. Mr. Turgeon's right to speak in the official language of his choice is related to his client's right to participate in the hearing in the official language of its choice. In addition, Industrial can to the same extent complain about the violation of the rights of the witnesses it called. One of the witnesses, Mr. Michaud, is in fact one of its senior executives. Moreover, it is clear from the transcript of the exchanges between counsel for Industrial, the judge, and witnesses Michaud, Charbonneau and Leclerc that Industrial wished to conduct its case in French to the extent possible. And the language rights of these three witnesses are consonant with those of Industrial. The violations were numerous and, in some cases, serious and repeated, and they brought the administration of justice into disrepute.

[79] Furthermore, the violation of the rights of all of these individuals clearly had an impact on the conduct of the hearing and even on its outcome. The points for which the judge faulted Industrial's witnesses and counsel in his reasons were attributed to the party itself, which was ordered to pay costs despite its status as an intervener. As the judge explained, these costs were intended to sanction Industrial's failure to be forthcoming and its responsibility for the length and the complexity of the hearing, which had verged on an abuse of process. The conclusion that the witnesses were not very credible and that their testimony was "troubling" (para. 223) and, "to put it in the best possible light", misleading

et n'a plaidé que quelques minutes pour défendre la décision initiale, laissant l'avocat d'Industrielle traiter de toute la preuve portant sur la relation entre M. Mazraani et Industrielle et plaider le droit relatif aux contrats de travail et de service. Les enjeux véritables étaient ceux d'Industrielle, pas de la MRN.

(3) La tenue d'une nouvelle audience

[78] Aussi, compte tenu des faits de l'espèce, l'ordonnance intimant la tenue d'une nouvelle audience est amplement justifiée. Sous ce rapport, Industrielle se plaint d'abord de la violation des droits linguistiques de son avocat, M^e Turgeon, qu'elle peut de fait invoquer. Le droit de celui-ci de s'exprimer dans la langue officielle de son choix rejoint celui de sa cliente de participer à l'audience dans la langue officielle de son choix. De plus, Industrielle peut tout autant se plaindre de la violation des droits des témoins qu'elle a appelés. L'un des témoins, M. Michaud, est d'ailleurs l'un de ses dirigeants. Il ressort par ailleurs clairement des transcriptions des interactions entre l'avocat d'Industrielle, le juge et les témoins Michaud, Charbonneau et Leclerc, qu'Industrielle souhaitait dans la mesure du possible mener sa cause en français. Les droits linguistiques de ces trois témoins sont du reste en harmonie avec ceux d'Industrielle. Les violations ont été nombreuses et, dans certains cas, graves et persistantes, et elles déconsidèrent l'administration de la justice.

[79] En outre, la violation des droits de toutes ces personnes a clairement eu une incidence sur le déroulement de l'audience, voire sur son résultat. Les reproches formulés par le juge aux témoins et à l'avocat d'Industrielle dans son jugement ont été imputés à la partie elle-même, qui a été condamnée aux dépens malgré son statut de partie intervenante. Au dire du juge, ces dépens devaient sanctionner le manque de collaboration d'Industrielle et sa responsabilité pour la longueur et la complexité de l'audience, ce qui frisait l'abus de procédure. La conclusion que les témoins étaient peu crédibles et offraient des témoignages « troublant[s] » (par. 223) qui, « pour être poli », induisaient en erreur (par. 237)

(para. 237) inevitably affected the judge's assessment of the evidence.

VI. Conclusion

[80] We would accordingly dismiss the appeal and affirm the decision of the FCA ordering a new hearing before a different judge of the TCC. Because Industrial is not seeking costs, each party will bear its own costs in this Court, as, moreover, was the case in the FCA.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Milosevic Fiske, Toronto.

Solicitors for the respondent Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitor for the respondent the Minister of National Revenue: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervenor Barreau du Québec: Barreau du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervenor the Canadian Bar Association: Nicolas M. Rouleau, Toronto.

Solicitors for the intervenor Association des juristes d'expression française de l'Ontario: Juristes Power, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

a immanquablement influé sur l'évaluation de la preuve par le juge.

VI. Conclusion

[80] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter l'appel et de confirmer l'arrêt de la CAF qui ordonne la tenue d'une nouvelle audience devant un autre juge de la CCI. Puisqu'Industrielle ne demande pas de dépens, chaque partie supportera ses propres frais devant notre Cour, comme ce fut d'ailleurs le cas devant la CAF.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Milosevic Fiske, Toronto.

Procureurs de l'intimée Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureur de l'intimée la Ministre du Revenu national : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenant le Barreau du Québec : Barreau du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Nicolas M. Rouleau, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario : Juristes Power, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Gatineau.

David Ajise *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AJISE

2018 SCC 51

File No.: 38149.

2018: November 16.

Present: Abella, Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Accused appealing fraud conviction on ground that trial judge erred in admitting non-expert opinion evidence — Crown failing to specifically reference curative proviso in appeal factum or oral argument — Court of Appeal holding that treatment of evidence did not amount to reversible error, and that, even if trial judge erred, Crown raised substance of curative proviso point — Court of Appeal correct in applying curative proviso — Conviction upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Pardu and Fairburn JJ.A.), 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, 48 C.R. (7th) 263, [2018] 5 C.T.C. 123, 2018 D.T.C. 5065, [2018] O.J. No. 2896 (QL), 2018 CarswellOnt 8628 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for fraud. Appeal dismissed.

R. Craig Bottomley and Mayleah Quenneville, for the appellant.

Kevin Wilson and Xenia Proestos, for the respondent.

David Ajise *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. AJISE

2018 CSC 51

N° du greffe : 38149.

2018 : 16 novembre.

Présents : Les juges Abella, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

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

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour fraude au motif que le juge du procès a fait erreur en admettant un témoignage d'opinion fourni par un non-expert — Absence de mention explicite par la Couronne de la disposition réparatrice dans son mémoire ou sa plaidoirie en appel — Conclusion de la Cour d'appel portant que la façon dont la preuve a été traitée ne constituait pas une erreur donnant ouverture à révision et que, même si le juge du procès avait commis une erreur, l'essence de la disposition réparatrice avait été soulevée par la Couronne — Disposition réparatrice appliquée à juste titre par la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité confirmée — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Pardu et Fairburn), 2018 ONCA 494, 361 C.C.C. (3d) 384, 48 C.R. (7th) 263, [2018] 5 C.T.C. 123, 2018 D.T.C. 5065, [2018] O.J. No. 2896 (QL), 2018 CarswellOnt 8628 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour fraude prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

R. Craig Bottomley et Mayleah Quenneville, pour l'appelant.

Kevin Wilson et Xenia Proestos, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ROWE J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed. We would adopt what Justice Sharpe set out in para. 32 of the Court of Appeal decision:

. . . assuming that resort to the [curative] proviso is required in this case, it is my view that the substance of the proviso point was raised. In her submissions before this court, Crown counsel placed considerable reliance upon the argument that the defence effectively conceded at trial that the donation claims were fraudulent and instead relied entirely on the appellant’s claim that he lacked knowledge of the fraud. On this basis, the Crown argued that even if the impugned evidence amounted to opinion evidence, it did not go to the only live issue at trial. The Crown also noted that Maraj’s impugned statements comprised a small portion of the evidence advanced during a multi-day trial, and were admitted without objection by defence counsel. In my view, these lines of argument amounted in substance to a submission that even if there was an error in admitting the evidence or in failing to conduct a *voir dire*, no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred and the appeal should be dismissed on that account.

[2] Given that there was no miscarriage of justice, the curative proviso was properly relied on in this case.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bottomley, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE ROWE — Nous sommes tous d’avis de rejeter le pourvoi. Nous faisons nôtres les conclusions suivantes formulées par le juge Sharpe au par. 32 de l’arrêt de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] . . . en supposant que le recours à la disposition [réparatrice] s’impose en l’espèce, je suis d’avis que l’essence de cette disposition a été soulevée. Dans sa plaidoirie devant notre cour, l’avocate de la Couronne s’est considérablement appuyée sur l’argument voulant que la défense ait effectivement concédé durant le procès que les déductions pour dons de bienfaisance avaient un caractère frauduleux et se soit plutôt fondée exclusivement sur la prétention de l’appelant selon laquelle ce dernier n’était pas au courant de la fraude. Sur la base de cet argument, la Couronne a fait valoir que, même si la preuve contestée équivalait à un témoignage d’opinion, cette preuve ne portait pas sur la seule question en litige au procès. La Couronne a également souligné que les déclarations contestées de Maraj ne représentaient qu’une petite partie de la preuve présentée pendant le procès, lequel a duré plusieurs jours, et que les déclarations en question ont été admises sans opposition de la part de l’avocate de la défense. À mon avis, ces différents arguments revenaient essentiellement à prétendre que, même si l’admission de cette preuve ou le fait de ne pas avoir tenu de voir dire constituait une erreur, il ne s’était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave et que, pour cette raison, le pourvoi devrait être rejeté.

[2] Vu l’absence d’erreur judiciaire, la disposition réparatrice a été invoquée de façon régulière en l’espèce.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appelant : Bottomley, Toronto.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Michelle Constance Moore *Appellant*

v.

Risa Lorraine Sweet *Respondent*

INDEXED AS: MOORE v. SWEET

2018 SCC 52

File No.: 37546.

2018: February 8; 2018: November 23.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Equity — Restitution — Unjust enrichment — Remedy — Constructive trust — Husband and wife separating and entering into contractual agreement pursuant to which wife will pay husband’s life insurance policy premiums in order to remain named sole beneficiary of policy — Husband subsequently naming new common law spouse as beneficiary without wife’s knowledge — Insurance proceeds payable to common law spouse on husband’s death despite wife having continued to pay premiums — Whether common law spouse unjustly enriched at wife’s expense — If so, whether constructive trust is appropriate remedy.

Insurance — Life insurance — Beneficiary designation — Wife designated as revocable beneficiary of husband’s life insurance policy — After separation, wife agreeing to continue to pay policy premiums to maintain beneficiary designation — Husband subsequently designating new common law spouse as irrevocable beneficiary without wife’s knowledge — Insurance proceeds payable to common law spouse on husband’s death — Whether designation of common law spouse as irrevocable beneficiary in accordance with statute precludes recovery for wife with prior claim to benefit of policy — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 190, 191.

During L and M’s marriage, L purchased a term life insurance policy and designated M as revocable beneficiary. They later separated, and entered into an oral agreement whereby M would pay all of the policy premiums and, in

Michelle Constance Moore *Appelante*

c.

Risa Lorraine Sweet *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MOORE c. SWEET

2018 CSC 52

N° du greffe : 37546.

2018 : 8 février; 2018 : 23 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Equity — Restitution — Enrichissement sans cause — Réparation — Fiducie par interprétation — Conclusion par un époux et une épouse d’une entente contractuelle à la suite de leur séparation aux termes de laquelle l’épouse paiera les primes de la police d’assurance-vie de l’époux afin de demeurer la seule bénéficiaire de la police — Désignation subséquente par l’époux de sa nouvelle conjointe de fait comme bénéficiaire à l’insu de l’épouse — Produit de l’assurance payable à la conjointe de fait au décès de l’époux même si l’épouse a continué de payer les primes — La conjointe de fait s’est-elle enrichie sans cause au détriment de l’épouse? — Dans l’affirmative, une fiducie par interprétation est-elle une réparation convenable?

Assurances — Assurance-vie — Désignation à titre de bénéficiaire — Épouse désignée à titre de bénéficiaire révocable de la police d’assurance-vie de son époux — Épouse consentant, après la séparation, à continuer de payer les primes de la police afin de maintenir son statut de bénéficiaire — Désignation subséquente par l’époux de sa nouvelle conjointe de fait comme bénéficiaire irrévocable à l’insu de l’épouse — Produit de l’assurance payable à la conjointe de fait au décès de l’époux — La désignation de la conjointe de fait comme bénéficiaire irrévocable en conformité avec la loi fait-elle obstacle au recouvrement en faveur de l’épouse ayant un droit antérieur au bénéfice de la police? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 190, 191.

Durant le mariage de L et de M, L a souscrit une police d’assurance-vie temporaire et désigné M comme bénéficiaire révocable. Ils se sont séparés par la suite, et ont conclu une entente verbale aux termes de laquelle M

exchange, L would maintain M's beneficiary designation. Unbeknownst to M, L subsequently designated his new common law spouse, R, as the irrevocable beneficiary of the policy. When L passed away, the proceeds were therefore payable to R and not to M. At the time of L's death, his estate had no significant assets. M, who had paid about \$7,000 in policy premiums since separation, commenced an application regarding her entitlement to the \$250,000 policy proceeds. The application judge held that R had been unjustly enriched at M's expense and impressed the proceeds with a constructive trust in M's favour. The Court of Appeal allowed R's appeal and set aside the judgment of the application judge.

Held (Gascon and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.: R was enriched, M was correspondingly deprived, and both the enrichment and deprivation occurred in the absence of a juristic reason. Therefore, a remedial constructive trust should be imposed for M's benefit.

A constructive trust is understood primarily as an equitable remedy that may be imposed at a court's discretion. A proper equitable basis, such as a successful claim in unjust enrichment, must first be found to exist. A plaintiff will succeed on the cause of action in unjust enrichment if he or she can show three elements: (1) that the defendant was enriched; (2) that the plaintiff suffered a corresponding deprivation; and (3) that the defendant's enrichment and the plaintiff's corresponding deprivation occurred in the absence of a juristic reason.

Regarding the first element, the parties do not dispute the fact that R was enriched to the full extent of the insurance proceeds in the amount of \$250,000, by virtue of her right to receive them as the designated irrevocable beneficiary of L's policy.

The second element focuses on what the plaintiff actually lost and on whether that loss corresponds to the defendant's enrichment, such that the latter was enriched at the expense of the former. The measure of deprivation is not limited to the plaintiff's out-of-pocket expenditures or to the benefit taken directly from him or her. Rather, the concept of loss also captures a benefit that was never in the plaintiff's possession but that the court finds would have

paierait toutes les primes de la police et, en échange, L maintiendrait la désignation de M à titre de bénéficiaire. À l'insu de M, L a désigné par la suite sa nouvelle conjointe de fait, R, à titre de bénéficiaire irrévocable de la police. Donc, lorsque L est décédé, le produit de la police était payable à R, et non à M. Au moment du décès de L, sa succession n'avait aucun actif important. M, qui avait payé environ 7 000 \$ à titre de primes de la police depuis la séparation, a déposé une requête au sujet de son droit au produit de la police, d'une valeur de 250 000 \$. Le juge de première instance a conclu que R s'était enrichie sans cause au détriment de M, et il a assujéti le produit à une fiducie par interprétation en faveur de M. La Cour d'appel a accueilli l'appel de R et a infirmé le jugement du juge de première instance.

Arrêt (les juges Gascon et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin : R s'est enrichie, M a subi un appauvrissement correspondant, et tant l'enrichissement que l'appauvrissement ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique. Par conséquent, il convient d'imposer une fiducie par interprétation en faveur de M à titre de réparation.

La fiducie par interprétation est principalement considérée comme une réparation en equity, qui peut être imposée à la discrétion de la cour. Il faut d'abord conclure à l'existence d'un motif valable en equity, telle une action accueillie pour enrichissement sans cause. Le demandeur aura gain de cause dans son action pour enrichissement sans cause s'il peut démontrer trois éléments : (1) que le défendeur s'est enrichi; (2) que le demandeur a subi un appauvrissement correspondant; et (3) que l'enrichissement du défendeur et l'appauvrissement correspondant du demandeur ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique.

En ce qui concerne le premier élément, les parties ne contestent pas que R s'est enrichie à hauteur du produit de l'assurance d'une valeur de 250 000 \$ grâce à son droit de le recevoir à titre de bénéficiaire irrévocable de la police de L.

Le deuxième élément met l'accent sur la perte réelle du demandeur et sur la question de savoir si cette perte correspond à l'enrichissement du défendeur, de sorte que ce dernier s'est enrichi au détriment du premier. La mesure de l'appauvrissement ne se limite pas aux dépenses du demandeur, ni à l'avantage qui lui a été pris directement. En fait, le concept de perte englobe également l'avantage qui n'a jamais été en la possession du demandeur mais qui,

accrued for his or her benefit had it not been received by the defendant instead. This element does not require that the disputed benefit be conferred directly by the plaintiff on the defendant. In this case, the extent of M's deprivation is not limited to the \$7,000 she paid in premiums. She stands deprived of the right to receive the entirety of the insurance proceeds, a value of \$250,000. It is also clear that R's enrichment came at M's expense. Not only did M's payment of the premiums make R's enrichment possible, but R's designation gave her the statutory right to receive the insurance proceeds. Because R received the benefit that otherwise would have accrued to M, the requisite correspondence exists: the former was enriched at the expense of the latter.

To establish the third element, it must be demonstrated that both the enrichment and corresponding deprivation occurred without a juristic reason. The juristic reason analysis proceeds in two stages. The first stage requires the plaintiff to demonstrate that the defendant's retention of the benefit at the plaintiff's expense cannot be justified on the basis of any of the established categories of juristic reasons, such as disposition of law or statutory obligations. A plaintiff's claim will necessarily fail if a legislative enactment justifies the enrichment and corresponding deprivation. In this case, a beneficiary designation made pursuant to ss. 190(1) and 191(1) of the *Insurance Act* does not provide a juristic reason for R's enrichment at M's expense. Nothing in the *Insurance Act* can be read as ousting the common law or equitable rights that persons other than the designated beneficiary may have in policy proceeds. The legislature is presumed not to depart from prevailing law without expressing its intention to do so with irresistible clearness. While the *Insurance Act* provides the mechanism by which beneficiaries become statutorily entitled to receive policy proceeds, no part of the Act operates with the necessary irresistible clearness to preclude the existence of contractual or equitable rights in those proceeds once they have been paid to the named beneficiary. Furthermore, the *Insurance Act* provisions applicable to irrevocable beneficiary designations do not require, either expressly or implicitly, that a beneficiary keep the proceeds as against a plaintiff in an unjust enrichment claim, who stands deprived of his or her prior contractual entitlement to claim such proceeds upon the insured's death. Accordingly, an irrevocable designation under the Act cannot constitute a juristic reason for R's enrichment and M's deprivation. Neither by direct reference nor by necessary implication does the *Insurance Act* either foreclose a third party who stands deprived of his or her contractual entitlement to claim insurance proceeds by successfully asserting an unjust enrichment

selon le tribunal, lui serait revenu s'il n'avait pas plutôt été remis au défendeur. Cet élément ne requiert pas l'octroi direct, par le demandeur au défendeur, de l'avantage en litige. En l'espèce, l'étendue de l'appauvrissement de M ne se limite pas aux 7 000 \$ qu'elle a versés en primes. Elle est privée du droit de recevoir l'intégralité du produit de l'assurance, qui vaut 250 000 \$. Il est tout aussi clair que R s'est enrichie au détriment de M. Non seulement le paiement des primes par M a permis à R de s'enrichir, mais la désignation de R lui a donné le droit statutaire de recevoir le produit de l'assurance. Puisque R a reçu le bénéfice qui aurait autrement été conféré à M, la correspondance requise existe : la première s'est enrichie au détriment de la seconde.

Pour établir le troisième élément, il faut démontrer que tant l'enrichissement que l'appauvrissement correspondant sont survenus sans motif juridique. L'analyse du motif juridique comporte deux étapes. À la première étape, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne justifie que le défendeur conserve l'avantage au détriment du demandeur, comme la disposition légale ou les obligations imposées par la loi. L'action du demandeur sera nécessairement rejetée si un texte de loi justifie l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant. En l'espèce, la désignation d'un bénéficiaire effectuée conformément aux par. 190(1) et 191(1) de la *Loi sur les assurances* ne fournit pas un motif juridique justifiant l'enrichissement de R au détriment de M. Rien dans la *Loi sur les assurances* ne peut être considéré comme excluant les droits que peuvent avoir, en common law ou en equity, d'autres personnes que le bénéficiaire désigné sur le produit de la police d'assurance. Le législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire. Bien que la *Loi sur les assurances* prévoit le mécanisme par lequel les bénéficiaires acquièrent le droit au versement du produit de la police d'assurance, aucune partie de cette loi ne s'applique avec la clarté incontestable voulue pour exclure l'existence de droits contractuels ou en equity à ce produit d'assurance une fois que celui-ci a été versé au bénéficiaire désigné. En outre, les dispositions de la *Loi sur les assurances* qui s'appliquent aux désignations de bénéficiaire à titre irrévocable n'exigent ni expressément ni implicitement qu'un bénéficiaire conserve le produit à l'encontre d'un demandeur ayant intenté une action pour enrichissement sans cause qui est privé de son droit contractuel antérieur de réclamer ce produit à la mort de l'assuré. En conséquence, une désignation irrévocable au sens de la Loi ne peut constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement de R et l'appauvrissement de M. Que ce soit par

claim against the designated beneficiary — revocable or irrevocable — or preclude the imposition of a constructive trust in circumstances such as these. Therefore, no established category of juristic reason applies.

Once the plaintiff has successfully demonstrated that no category of juristic reason applies, a *prima facie* case is established and the analysis proceeds to the second stage. At this stage, the defendant must establish some residual reason why the enrichment should be retained. Considerations such as the parties' reasonable expectations and moral and policy-based arguments come into play. In the present case, it is clear that both parties expected to receive the proceeds of the life insurance policy. However, the residual considerations favour M, given that her contribution towards the payment of the premiums actually kept the policy alive and made R's entitlement to receive the proceeds upon L's death possible.

Once each of the three elements of the cause of action in unjust enrichment is made out, the remedy is restitutionary in nature and can take one of two forms: personal or proprietary. A personal remedy is essentially a debt or a monetary obligation and can be viewed as the default remedy for unjust enrichment. In certain cases, however, a plaintiff may be awarded a remedy of a proprietary nature. The most pervasive and important proprietary remedy for unjust enrichment is the constructive trust. Courts will impress the disputed property with a constructive trust only if the plaintiff can establish that a personal remedy would be inadequate; and that there is a link between his or her contributions and the disputed property. Ordinarily, a personal award would be adequate in cases such as this one where the property at stake is money. In the present case, however, the disputed insurance money has been paid into court and is readily available to be impressed with a constructive trust. Moreover, M's payment of the premiums was causally connected to the maintenance of the policy under which R was enriched. A constructive trust to the full extent of the proceeds should therefore be imposed in M's favour.

Per Gascon and Rowe JJ. (dissenting): There is disagreement with the majority that M has established a claim

mention directe ou par déduction nécessaire, la *Loi sur les assurances* n'empêche pas le tiers privé de son droit contractuel de réclamer le produit d'assurance en faisant valoir avec succès une allégation d'enrichissement sans cause contre le bénéficiaire désigné — à titre révocable ou irrévocable — ni n'interdit d'imposer une fiducie par interprétation dans des circonstances comme celles de l'espèce. Par conséquent, aucune catégorie établie de motif juridique ne s'applique.

Une fois que le demandeur est parvenu à démontrer qu'aucune catégorie de motif juridique ne s'applique, une preuve *prima facie* est établie et le tribunal passe alors à la deuxième étape de l'analyse. À cette étape, le défendeur doit établir qu'il existe un motif résiduel pour lequel il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. Des facteurs entrent en jeu, comme les attentes raisonnables des parties et les arguments de morale et d'intérêt public. En l'espèce, il est clair que les deux parties s'attendaient à toucher le produit de la police d'assurance-vie. Cependant, les facteurs résiduels militent en faveur de M, puisque sa contribution au paiement des primes a effectivement permis de maintenir la police d'assurance en vigueur et rendu possible le droit de R de recevoir le produit au décès de L.

Une fois établi chacun des trois éléments de l'action pour enrichissement sans cause, le tribunal accorde une restitution à titre de réparation qui peut prendre deux formes : une réparation personnelle ou une réparation fondée sur le droit de propriété. La réparation personnelle est essentiellement une dette ou une obligation pécuniaire, et elle peut être considérée comme la réparation par défaut pour remédier à l'enrichissement sans cause. Dans certains cas, toutefois, le tribunal peut accorder au demandeur une réparation fondée sur le droit de propriété. La réparation fondée sur le droit de propriété la plus répandue et la plus importante pour remédier à l'enrichissement sans cause est la fiducie par interprétation. Les tribunaux n'assujettiront le bien contesté à une fiducie par interprétation que si le demandeur peut établir qu'une réparation personnelle serait insuffisante, et qu'il y a un lien entre ses contributions et le bien contesté. Habituellement, l'octroi d'une réparation personnelle conviendrait dans les cas comme celui en l'espèce où le bien en jeu est de l'argent. Or, en l'espèce, le produit d'assurance en litige a été déposé au greffe du tribunal et il est facile de lui imposer une fiducie par interprétation. De plus, le paiement des primes par M avait un lien de causalité avec le maintien en vigueur de la police en vertu de laquelle R s'est enrichie. Il y a donc lieu d'imposer une fiducie par interprétation à hauteur du produit en faveur de M.

Les juges Gascon et Rowe (dissidents) : Il y a désaccord avec les juges majoritaires pour dire que M a établi

in unjust enrichment on these facts and therefore, that a constructive trust should be imposed.

M had a contract with L to be maintained the named beneficiary of his life insurance policy while she paid the premiums. However, this contract does not create a proprietary or equitable interest in the policy's proceeds and simply being named as a beneficiary does not give one a right in the proceeds before the death of the insured. The right to claim the proceeds only crystallizes upon the insured's death. Further, as a revocable beneficiary, M had no right to contest L's redesignation of R as an irrevocable beneficiary outside of a claim against L for breach of contract. Thus, at the time of L's death, the only rights that M possessed in relation to the life insurance contract were her contractual rights.

While M would have a claim against L's estate for breach of contract, the estate's lack of assets has rendered any such recourse fruitless. Instead, M's claim is to reverse the purported unjust enrichment of R. In an action for unjust enrichment, a plaintiff must show that their deprivation corresponds to the defendant's enrichment. The correspondence between the deprivation and the enrichment, while seemingly formalistic, is fundamental. Correspondence is the connection between the parties — a plus and a minus as obverse manifestations of the same event — that uniquely identifies the plaintiff as the proper person to seek restitution against a particular defendant.

In this case, it is clear that but for M's payments, the policy would have lapsed, and but for L's breach of contract, M would have been the beneficiary at the time of his death. But these facts are not enough to establish that the deprivation and the enrichment are corresponding. R's enrichment was not at the expense of M because R's enrichment is not dependent on M's deprivation. What R received (a statutory entitlement to proceeds) is different from M's deprivation (the inability to enforce her contractual rights) — they are not two sides of the same coin.

Even if a corresponding deprivation could be established, M's claim in unjust enrichment would fail at the first stage of the juristic reason analysis, because the *Insurance Act* establishes a juristic reason for R's enrichment. Section 191(1) of the *Insurance Act* provides that an insured may designate an irrevocable beneficiary under a life insurance policy, and thereby provide special

le bien-fondé d'une action pour enrichissement sans cause au vu des faits de l'espèce et qu'il convient donc d'imposer une fiducie par interprétation.

M a conclu un contrat avec L en vue de rester la bénéficiaire désignée de sa police d'assurance-vie pendant qu'elle en payait les primes. Ce contrat ne donne toutefois pas naissance à un droit de propriété ou en equity sur le produit de la police et le simple fait d'être désigné bénéficiaire ne donne pas droit au produit avant la mort de l'assuré. Le droit de réclamer le produit ne se matérialise qu'au décès de l'assuré. De plus, à titre de bénéficiaire révocable, M n'avait pas le droit de contester la désignation par L de R comme bénéficiaire irrévocable, si ce n'est en poursuivant L pour rupture de contrat. Par conséquent, les seuls droits que possédait M à l'égard du contrat d'assurance-vie lorsque L est décédé étaient ses droits contractuels.

Même si M avait un droit d'action contre la succession de L pour rupture de contrat, l'insuffisance d'actifs dans la succession a rendu tout recours inutile. Le recours intenté par M a plutôt pour objet d'annuler le prétendu enrichissement sans cause de R. Dans une action pour enrichissement sans cause, le demandeur doit démontrer que son appauvrissement correspond à l'enrichissement du défendeur. Bien que formaliste en apparence, la correspondance entre l'appauvrissement et l'enrichissement est fondamentale. La correspondance s'entend du lien entre les parties — un plus et un moins en tant que manifestations contraires du même fait — qui identifie seulement le demandeur comme la personne pouvant réclamer la restitution à l'encontre d'un défendeur.

En l'espèce, il est clair que, n'eût été les paiements de M, la police d'assurance se serait éteinte et que, n'eût été la rupture de contrat de L, M aurait été la bénéficiaire au moment de son décès. Mais ces faits ne suffisent pas à établir que l'appauvrissement et l'enrichissement correspondent. R ne s'enrichit pas aux dépens de M parce que son enrichissement n'est pas tributaire de l'appauvrissement de cette dernière. Ce que R a reçu (un droit reconnu par la loi au produit) diffère de l'appauvrissement de M (l'incapacité d'exercer ses droits contractuels); ce ne sont pas deux côtés de la même médaille.

Même si l'on pouvait établir un appauvrissement correspondant, l'action de M pour enrichissement sans cause échouerait au premier stade de l'analyse du motif juridique, parce que la *Loi sur les assurances* établit un motif juridique justifiant l'enrichissement de R. Selon le par. 191(1) de la *Loi sur les assurances*, l'assuré peut désigner un bénéficiaire à titre irrévocable dans une police

protections to that beneficiary. From the moment an irrevocable beneficiary is designated, they have a right in the policy itself: the insurance money is not subject to the control of the insured or to the claims of his or her creditors, and the beneficiary must consent to any subsequent changes to beneficiary designation. As it is undisputed that R was the validly designated irrevocable beneficiary of the policy, she is entitled to the proceeds free of the claims of L's creditors.

The fact that M had an agreement with L for the proceeds of the policy pursuant to which she paid its premiums does not undermine the presence of this juristic reason. As M's rights are contractual in nature, she is a creditor of L's estate and thus, by the provisions of the *Insurance Act*, has no claim to the proceeds. The *Insurance Act* explicitly protects irrevocable beneficiaries from the claims of the deceased's creditors and provides that the insurance proceeds do not form part of the insured's estate. Thus, the *Insurance Act* precludes the existence of contractual rights in those insurance proceeds.

The *Insurance Act*'s legislative history further supports R's retention of the insurance proceeds notwithstanding M's claim. The provisions of the *Insurance Act* were designed to protect the interests of beneficiaries in retaining the proceeds and provide no basis whatsoever for a person paying the premiums to assume she would have any claim to the eventual proceeds. The *Insurance Act* is deliberately indifferent to the source of the premium payments and renders the actions of the payers irrelevant as far as the beneficiaries are concerned.

In immunizing beneficiaries from the claims of the insured's creditors, the *Insurance Act* does not distinguish between types of creditors. Creditors of the insured's estate simply do not have a claim to the insurance proceeds. There is no basis to carve out a special class of creditor who would be exempt from the clear wording of the *Insurance Act*. Neither M's contributions to the policy, nor her contract with L are sufficient to take her outside the comprehensive scheme and grant her special and preferred status.

Even if the *Insurance Act* did not establish a juristic reason for R's enrichment, the policy considerations at the second stage of the juristic reason analysis weigh against allowing M's claim of unjust enrichment. It is an unfortunate reality that a person's death is sometimes accompanied by litigation that can tie up funds that the deceased

d'assurance-vie et lui accorder ainsi une protection spéciale. À partir du moment où elle est ainsi désignée, la personne en question a un droit sur la police elle-même : le produit de l'assurance n'est pas sous l'emprise de l'assuré ni ne peut être réclaté par ses créanciers et le bénéficiaire doit consentir à tout changement subséquent de désignation d'un bénéficiaire. Puisqu'il est admis que R était la bénéficiaire validement désignée à titre irrévocable de la police, elle a droit au produit à l'abri des réclamations des créanciers de L.

Le fait que M a conclu une entente avec L en vue de toucher le produit de la police aux termes de laquelle elle en a payé les primes ne compromet pas l'existence de ce motif juridique. Comme les droits de M sont de nature contractuelle, cela fait d'elle une créancière de la succession de L et elle n'a donc pas droit au produit suivant la *Loi sur les assurances*. En effet, la *Loi sur les assurances* met explicitement les bénéficiaires irrévocables à l'abri des réclamations des créanciers du défunt et dispose que le produit de l'assurance ne fait pas partie de la succession de l'assuré. Donc, la *Loi sur les assurances* exclut l'existence de droits contractuels à ce produit d'assurance.

L'historique de la *Loi sur les assurances* étaye lui aussi le droit de R de conserver le produit de l'assurance malgré la réclamation de M. Les dispositions de la *Loi sur les assurances* ont été conçues afin de protéger le droit des bénéficiaires de conserver le produit et ne permettent aucunement au payeur des primes de supposer qu'il aurait droit à l'éventuel produit. La *Loi sur les assurances* fait délibérément abstraction de la source des paiements de primes et fait perdre toute pertinence aux gestes des payeurs en ce qui concerne les bénéficiaires.

En mettant les bénéficiaires à l'abri des réclamations des créanciers de l'assuré, la *Loi sur les assurances* ne fait aucune distinction entre les différents types de créanciers. Les créanciers de la succession de l'assuré n'ont tout simplement pas droit au produit de l'assurance. Rien ne justifie d'établir une catégorie spéciale de créancier qui serait soustraite au texte clair de la *Loi sur les assurances*. Ni les contributions de M à la police, ni son contrat avec L ne suffisent pour l'exclure de ce régime exhaustif et lui accorder un statut particulier et privilégié.

Même si la *Loi sur les assurances* n'établissait pas un motif juridique justifiant l'enrichissement de R, les considérations de politique générale qui interviennent au second stade de l'analyse du motif juridique militent contre la décision d'accueillir l'action de M pour enrichissement sans cause. Malheureusement, le décès d'une

intended to support loved ones for a significant period of time, adding financial hardship to personal tragedy. In an attempt to ensure that life insurance proceeds could be free from such strife, the Ontario legislator empowered policy holders to designate an irrevocable beneficiary under s. 191(1) of the *Insurance Act*. Such a designation ensures that the proceeds can be disbursed free from claims against the estate, giving certainty to insured, insurer and beneficiary alike. This provision should be given full effect.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *Shannon v. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456; **distinguished:** *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325; **referred to:** *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660; *Kleinwort Benson Ltd. v. Birmingham City Council*, [1997] Q.B. 380; *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259; *Love v. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Garland v. Consumers' Gas Co.* (2001), 57 O.R. (3d) 127; *Saskatchewan Crop Insurance Corp. v. Deck*, 2008 SKCA 21, 307 Sask. R. 206; *Richardson (Estate Trustee of) v. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *KBA Canada Inc. v. 3S Printers Inc.*, 2014 BCCA 117, 59 B.C.L.R. (5th) 273; *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3; *Chanowski v. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258 Man. R. (2d) 244; *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Zaidan Group*

personne s'accompagne parfois d'un litige qui peut entraîner pendant longtemps le blocage de fonds que le défunt comptait utiliser pour soutenir les êtres qui lui sont chers, ce qui ajoute des difficultés financières à la tragédie. Afin de soustraire le produit d'une police d'assurance-vie à pareille querelle, le législateur ontarien a habilité les titulaires d'une police d'assurance à désigner un bénéficiaire à titre irrévocable en vertu du par. 191(1) de la *Loi sur les assurances*. Une telle désignation assure que le versement du produit puisse être effectué à l'abri des réclamations visant la succession, ce qui confère une certitude tant à l'assuré qu'à l'assureur et au bénéficiaire. Il y a lieu de donner pleinement effet à cette disposition.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts appliqués : *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *Shannon c. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456; **distinction d'avec les arrêts :** *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325; **arrêts mentionnés :** *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660; *Kleinwort Benson Ltd. c. Birmingham City Council*, [1997] Q.B. 380; *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259; *Love c. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Garland c. Consumers' Gas Co.* (2001), 57 O.R. (3d) 127; *Saskatchewan Crop Insurance Corp. c. Deck*, 2008 SKCA 21, 307 Sask. R. 206; *Richardson (Estate Trustee of) c. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *KBA Canada Inc. c. 3S Printers Inc.*, 2014 BCCA 117, 59 B.C.L.R. (5th) 273; *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3; *Chanowski c. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258

Ltd. v. London (City) (1990), 71 O.R. (2d) 65, aff'd [1991] 3 S.C.R. 593; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38.

By Gascon and Rowe JJ. (dissenting)

Air Canada v. British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Love v. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504; *Holowa Estate v. Stell-Holowa*, 2011 ABQB 23, 330 D.L.R. (4th) 693; *Richardson (Estate Trustee of) v. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65; *Roberts v. Martindale* (1998), 55 B.C.L.R. (3d) 63; *Milne Estate v. Milne*, 2014 BCSC 2112, 54 R.F.L. (7th) 328; *Ladner v. Wolfson*, 2011 BCCA 370, 24 B.C.L.R. (5th) 43; *Schorlemer Estate v. Schorlemer* (2006), 29 E.T.R. (3d) 181; *Steeves v. Steeves* (1995), 168 N.B.R. (2d) 226; *Gregory v. Gregory* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 133; *Shannon v. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Chanowski v. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258 Man. R. (2d) 244; *Fraser v. Fraser* (1995), 9 E.T.R. (2d) 136; *Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 70 O.R. (3d) 61; *Snider v. Mallon*, 2011 ONSC 4522, 3 R.F.L. (7th) 228; *Bielny v. Dzwiekowski*, [2002] I.L.R. ¶I-4018, aff'd [2002] O.J. No. 508 (QL); *Kang v. Kang Estate*, 2002 BCCA 696, 44 C.C.L.I. (3d) 52; *Ladner Estate, Re*, 2004 BCCA 366, 40 B.C.L.R. (4th) 298.

Statutes and Regulations Cited

Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, ss. 3, 5.
Act to Secure to Wives and Children the Benefit of Life Insurance, S.O. 1884, c. 20, s. 5.
Insurance Act, R.S.O. 1960, c. 190, ss. 164(1), 165.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, Part V, ss. 171(1) "beneficiary", 172(1), 190, 191, 195, 196(1), 200.

Man. R. (2d) 244; *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Zaidan Group Ltd. c. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65, conf. par [1991] 3 R.C.S. 593; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38.

Citée par les juges Gascon et Rowe (dissidents)

Air Canada c. Colombie-Britannique, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Love c. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504; *Holowa Estate c. Stell-Holowa*, 2011 ABQB 23, 330 D.L.R. (4th) 693; *Richardson (Estate Trustee of) c. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65; *Roberts c. Martindale* (1998), 55 B.C.L.R. (3d) 63; *Milne Estate c. Milne*, 2014 BCSC 2112, 54 R.F.L. (7th) 328; *Ladner c. Wolfson*, 2011 BCCA 370, 24 B.C.L.R. (5th) 43; *Schorlemer Estate c. Schorlemer* (2006), 29 E.T.R. (3d) 181; *Steeves c. Steeves* (1995), 168 N.B.R. (2d) 226; *Gregory c. Gregory* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 133; *Shannon c. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Chanowski c. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258 Man. R. (2d) 244; *Fraser c. Fraser* (1995), 9 E.T.R. (2d) 136; *Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 70 O.R. (3d) 61; *Snider c. Mallon*, 2011 ONSC 4522, 3 R.F.L. (7th) 228; *Bielny c. Dzwiekowski*, [2002] I.L.R. ¶I-4018, conf. par [2002] O.J. No. 508 (QL); *Kang c. Kang Estate*, 2002 BCCA 696, 44 C.C.L.I. (3d) 52; *Ladner Estate, Re*, 2004 BCCA 366, 40 B.C.L.R. (4th) 298.

Lois et règlements cités

Act to Secure to Wives and Children the Benefit of Life Insurance, S.O. 1884, c. 20, art. 5.
Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, art. 3, 5.
Insurance Act, R.S.O. 1960, c. 190, art. 164(1), 165.
Loi portant réforme du droit des successions, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 58, 72(1)f).

Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. S.26, ss. 58, 72(1)(f).

Authors Cited

- Birks, Peter. *Unjust Enrichment*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, 9th ed. by Charles Mitchell, Paul Mitchell and Stephen Watterson. London: Thomson Reuters, 2016.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (updated December 2017, release 20).
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.
- McVitty, Edmund Hugh. *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada*. Toronto: Institute of Chartered Life Underwriters of Canada, 1962 (loose-leaf).
- Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3rd ed. by David Norwood and John P. Weir. Toronto: Carswell, 2002.
- Smith, Lionel. “Demystifying Juristic Reasons” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 281.
- Smith, Lionel. “Restitution: The Heart of Corrective Justice” (2001), 79 *Tex. L. Rev.* 2115.
- Smith, Lionel D. “Three-Party Restitution: A Critique of Birks’s Theory of Interceptive Subtraction” (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 481.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J. and Blair and Lauwers JJ.A.), 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721, 409 D.L.R. (4th) 312, 65 C.C.L.I. (5th) 175, 32 C.C.P.B. (2nd) 254, [2017] O.J. No. 1129 (QL), 2017 CarswellOnt 2958 (WL Can.), setting aside a decision of Wilton-Siegel J., 2015 ONSC 3914, [2015] O.J. No. 7761 (QL), 2015 CarswellOnt 20995 (WL Can.). Appeal allowed, Gascon and Rowe JJ. dissenting.

Ian M. Hull, Suzana Popovic-Montag and David M. Smith, for the appellant.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, partie V, art. 171(1) « bénéficiaire », 172(1), 190, 191, 195, 196(1), 200.

Doctrine et autres documents cités

- Birks, Peter. *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Goff & Jones : The Law of Unjust Enrichment*, 9th ed. by Charles Mitchell, Paul Mitchell and Stephen Watterson, London, Thomson Reuters, 2016.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, loose-leaf ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (updated December 2017, release 20).
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2014.
- McVitty, Edmund Hugh. *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada*, Toronto, Institute of Chartered Life Underwriters of Canada, 1962 (loose-leaf).
- Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3rd ed. by David Norwood and John P. Weir, Toronto, Carswell, 2002.
- Smith, Lionel. « Demystifying Juristic Reasons » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 281.
- Smith, Lionel. « Restitution : The Heart of Corrective Justice » (2001), 79 *Tex. L. Rev.* 2115.
- Smith, Lionel D. « Three-Party Restitution : A Critique of Birks’s Theory of Interceptive Subtraction » (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 481.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721, 409 D.L.R. (4th) 312, 65 C.C.L.I. (5th) 175, 32 C.C.P.B. (2nd) 254, [2017] O.J. No. 1129 (QL), 2017 CarswellOnt 2958 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Wilton-Siegel, 2015 ONSC 3914, [2015] O.J. No. 7761 (QL), 2015 CarswellOnt 20995 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Gascon et Rowe sont dissidents.

Ian M. Hull, Suzana Popovic-Montag et David M. Smith, pour l’appelante.

Jeremy Opolsky and Jonathan Silver, for the respondent.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin J.J. was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] This appeal involves a contest between two innocent parties, both of whom claim an entitlement to the proceeds of a life insurance policy.

[2] The appellant, Michelle Constance Moore (“Michelle”), and the owner of the policy, Lawrence Anthony Moore (“Lawrence”), were former spouses. They entered into a contractual agreement pursuant to which Michelle would pay all of the policy’s premiums and, in exchange, Lawrence would maintain Michelle as the sole beneficiary thereunder — and she would therefore be entitled to receive the proceeds of the policy upon Lawrence’s death. While Michelle held up her end of the bargain, Lawrence did not. Shortly after assuming his contractual obligation, and unbeknownst to Michelle, Lawrence designated his new common law spouse — the respondent, Risa Lorraine Sweet (“Risa”) — as the *irrevocable* beneficiary of the policy. When Lawrence passed away several years later, the proceeds were payable to Risa and not to Michelle.

[3] Should these proceeds be impressed with a constructive trust in Michelle’s favour? A majority of the Ontario Court of Appeal found that they should not. I disagree; in my view, Risa was enriched, Michelle was correspondingly deprived, and both the enrichment and the deprivation occurred in the absence of a juristic reason. In these circumstances, a remedial constructive trust should be imposed for Michelle’s benefit. I would therefore allow the appeal.

Jeremy Opolsky et Jonathan Silver, pour l’intimée.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi concerne un litige entre deux parties innocentes, qui soutiennent toutes deux avoir droit au produit d’une police d’assurance-vie.

[2] L’appelante, Michelle Constance Moore (« Michelle »), et le propriétaire de la police, Lawrence Anthony Moore (« Lawrence »), étaient mariés. Ils ont conclu une entente contractuelle aux termes de laquelle Michelle paierait toutes les primes de la police et, en échange, Lawrence maintiendrait sa désignation comme seule bénéficiaire et elle aurait par le fait même droit au produit de la police au décès de Lawrence. Bien que Michelle ait respecté sa part du marché, Lawrence ne l’a pas fait. En effet, peu de temps après avoir conclu cette entente, et à l’insu de Michelle, Lawrence a désigné sa nouvelle conjointe de fait — l’intimée, Risa Lorraine Sweet (« Risa ») — à titre de bénéficiaire *irrévocable* de la police. Lorsque Lawrence est décédé plusieurs années plus tard, le produit de la police était payable à Risa, et non à Michelle.

[3] Le produit de la police devrait-il faire l’objet d’une fiducie par interprétation en faveur de Michelle? Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont conclu que non. Je ne suis pas d’accord; à mon avis, Risa s’est enrichie, Michelle a subi un appauvrissement correspondant, et tant l’enrichissement que l’appauvrissement ont eu lieu en l’absence d’un motif juridique. Dans les circonstances, il convient d’imposer une fiducie par interprétation en faveur de Michelle, à titre de réparation. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Context

[4] Michelle and Lawrence were married in 1979. Together, they had three children. In October 1985, Lawrence purchased a term life insurance policy from Canadian General Life Insurance Company, the predecessor of RBC Life Insurance Company (“Insurance Company”). He purchased this policy, with a coverage amount of \$250,000, and initially designated Michelle as the beneficiary — but not as an *irrevocable* beneficiary. The annual premium of \$507.50 was paid out of the couple’s joint bank account until 2000.

[5] In December 1999, Michelle and Lawrence separated. Shortly thereafter, they entered into an oral agreement (“Oral Agreement”) whereby Michelle “would pay the premiums and be entitled to the proceeds of the Policy on [Lawrence’s] death” (Superior Court decision, 2015 ONSC 3914, at para. 13 (CanLII)). The effect of this agreement was therefore to require that Michelle remain designated as the sole beneficiary of Lawrence’s life insurance policy.

[6] In the summer of 2000, Lawrence began cohabiting with Risa. They remained common law spouses and lived in Risa’s apartment until Lawrence’s death 13 years later.

[7] On September 21, 2000, Lawrence executed a change of beneficiary form designating Risa as the *irrevocable* beneficiary of the policy. Risa testified that Lawrence did so because he did not want her to worry about how she would pay the rent or buy medication, and wanted to make sure that she would be able to continue living in the building where she had resided for the preceding 40 years.

[8] The change in beneficiary designation was made through, and after consultation with, Lawrence’s insurance broker, who also happened to be Michelle’s brother-in-law. The new designation was recorded by the Insurance Company on September 25, 2000. Although Lawrence did not change the beneficiary designation surreptitiously, he did not advise

II. Contexte

[4] Michelle et Lawrence se sont mariés en 1979 et ont eu trois enfants. En octobre 1985, Lawrence a souscrit une police d’assurance-vie temporaire auprès de la Compagnie d’Assurance-Vie Canadienne Générale, le prédécesseur de la Compagnie d’assurance-vie RBC (« compagnie d’assurance »). Il a souscrit cette assurance-vie avec une couverture de 250 000 \$. Il a désigné au départ Michelle comme seule bénéficiaire, mais non à titre *irrévocable*. La prime annuelle de 507,50 \$ a été payée à même le compte bancaire conjoint du couple jusqu’en 2000.

[5] En décembre 1999, Michelle et Lawrence se sont séparés. Peu après, ils ont conclu une entente verbale (« entente verbale ») aux termes de laquelle Michelle [TRADUCTION] « paierait les primes et aurait droit au produit de la police au décès de [Lawrence] » (décision de la Cour supérieure, 2015 ONSC 3914, par. 13 (CanLII)). Cette entente visait donc à faire en sorte que Michelle demeure la seule bénéficiaire de la police d’assurance-vie de Lawrence.

[6] À l’été 2000, Lawrence a commencé à cohabiter avec Risa. Ils sont demeurés conjoints de fait et ont vécu dans l’appartement de Risa jusqu’au décès de Lawrence 13 ans plus tard.

[7] Le 21 septembre 2000, Lawrence a signé un formulaire de changement de bénéficiaire et a désigné Risa comme bénéficiaire *irrévocable* de la police. Selon Risa, Lawrence a effectué ce changement parce qu’il ne voulait pas qu’elle craigne de ne pas être en mesure de payer le loyer ou d’acheter des médicaments, et voulait s’assurer qu’elle puisse continuer à vivre dans l’immeuble où elle avait habité les 40 années précédentes.

[8] Lawrence a effectué le changement de bénéficiaire par l’entremise de son courtier d’assurance, après l’avoir consulté. Ce dernier est aussi le beau-frère de Michelle. La nouvelle désignation a été consignée par la compagnie d’assurance le 25 septembre 2000. Bien que Lawrence n’ait pas effectué le changement de bénéficiaire furtivement,

Michelle that she was no longer named as beneficiary.¹

[9] Michelle and Lawrence entered into a formal separation agreement in May 2002. This agreement dealt with a number of issues as between them, but was silent as to the policy and anything related to it. They finalized their divorce on October 3, 2003.

[10] Pursuant to her obligation under the Oral Agreement, and without knowing that Lawrence had named Risa as the irrevocable beneficiary, Michelle continued to pay all of the premiums on the policy until Lawrence's death. By then, a total of \$30,535.64 had been paid on account of premiums; about \$7,000 had been paid since 2000.

[11] Lawrence died on June 20, 2013. His estate had no significant assets.

[12] Michelle was advised by the Insurance Company that she was not the designated beneficiary of the policy on July 5, 2013, around two weeks after Lawrence's death. On February 12, 2014, Michelle commenced an application seeking the opinion, advice and direction of the Ontario Superior Court of Justice as to her entitlement to the proceeds of the policy. Pursuant to a court order dated December 19, 2013, the Insurance Company paid the proceeds of the policy into court pending the resolution of the dispute.

[13] Part V of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, sets out a comprehensive scheme that governs the rights and obligations of parties to a life insurance policy. It applies to all life insurance contracts “[d]espite any agreement, condition or stipulation to the contrary” (s. 172(1)), which means that the parties cannot contract out of its provisions.

[14] Of particular relevance for the purposes of this appeal are the provisions of the *Insurance Act*

il n'a pas avisé Michelle qu'elle n'était plus désignée bénéficiaire¹.

[9] Michelle et Lawrence ont conclu un accord de séparation formel en mai 2002. Cet accord portait sur plusieurs questions qui les concernaient, mais était muet sur la police et sur tout élément connexe. Ils ont finalisé leur divorce le 3 octobre 2003.

[10] Conformément à son obligation assumée aux termes de l'entente verbale, et sans savoir que Lawrence avait nommé Risa comme bénéficiaire irrévocable, Michelle a continué de payer toutes les primes de la police jusqu'au décès de Lawrence. À ce moment-là, un total de 30 535,64 \$ avait été versé à titre de primes, dont environ 7 000 \$ avaient été versés depuis 2000.

[11] Lawrence est décédé le 20 juin 2013. Sa succession n'avait aucun actif important.

[12] Michelle fut avisée par la compagnie d'assurance qu'elle n'était pas la bénéficiaire désignée de la police le 5 juillet 2013, environ deux semaines après le décès de Lawrence. Le 12 février 2014, Michelle déposait une requête visant à obtenir l'avis, les conseils et les directives de la Cour supérieure de justice de l'Ontario quant à son droit au produit de la police. Conformément à une ordonnance de la cour datée du 19 décembre 2013, la compagnie d'assurance a consigné le produit de la police au tribunal, en attendant le règlement du litige.

[13] La partie V de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8, instaure un régime exhaustif qui régit les droits et obligations des parties à une police d'assurance-vie. Elle s'applique à tous les contrats d'assurance-vie « [m]algré toute convention, condition ou stipulation contraire » (par. 172(1)), ce qui empêche les parties de se soustraire par contrat à ses dispositions.

[14] Les dispositions de la *Loi sur les assurances* qui traitent de la désignation des bénéficiaires sont

¹ There is no dispute between the parties that the Oral Agreement was entered into sometime prior to the date on which Lawrence designated Risa as irrevocable beneficiary (transcript, at pp. 6-7).

¹ Les parties ne contestent pas que l'entente orale a été conclue quelque temps avant la date à laquelle Lawrence a désigné Risa comme bénéficiaire irrévocable (transcription de l'audience, p. 6-7).

that deal with the designation of beneficiaries. A “beneficiary” of a life insurance policy is defined as “a person, other than the insured or the insured’s personal representative, to whom or for whose benefit insurance money is made payable in a contract or by a declaration” (s. 171(1)). A beneficiary designation therefore identifies the intended recipient of the proceeds under the life insurance policy upon the death of the insured person, in accordance with the terms of the policy.

[15] Part V of the *Insurance Act* recognizes two types of beneficiary designations: those that are *revocable* and those that are *irrevocable*. A revocable beneficiary designation is one that can be altered or revoked by the insured without the beneficiary’s knowledge or consent (s. 190(1) and (2)). An irrevocable beneficiary designation, by contrast, can be altered or revoked only if the designated beneficiary consents (s. 191(1)). When a valid irrevocable beneficiary designation is made, s. 191 of the *Insurance Act* makes clear that the insurance money ceases to be subject to the control of the insured, is not subject to the claims of the insured’s creditors and does not form part of the insured’s estate.

[16] It is clear that the interest of an irrevocable beneficiary is afforded much more protection than that of a revocable beneficiary; the former has a “statutory right to remain as the named beneficiary entitled to receive the insurance moneys unless he or she consents to being removed” (Court of Appeal decision, 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721, at para. 82). The legislation contemplates only one situation where insurance money can be clawed back from a beneficiary, regardless of whether his or her designation is irrevocable: to satisfy a support claim brought by a dependant against the estate of the now-deceased insured person (*Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. S.26, ss. 58 and 72(1)(f)). No such claim has been brought in this case.

[17] Part V of the *Insurance Act* also deals with the assignment of a life insurance policy. A life insurance

particulièrement pertinentes en l’espèce. Le « bénéficiaire » d’une police d’assurance-vie s’entend de la « [p]ersonne, à l’exception de l’assuré ou de son représentant personnel, à laquelle ou au bénéfice de laquelle des sommes assurées sont payables dans un contrat ou par une déclaration » (par. 171(1)). La désignation permet donc d’identifier le bénéficiaire voulu du produit de la police d’assurance-vie au décès de la personne assurée, conformément aux modalités de cette police.

[15] La partie V de la *Loi sur les assurances* reconnaît deux types de désignations de bénéficiaire : celles qui sont *révocables* et celles qui sont *irrévocables*. La désignation d’un bénéficiaire révocable peut être modifiée ou révoquée par l’assuré à l’insu du bénéficiaire ou sans son consentement (par. 190(1) et (2)). La désignation d’un bénéficiaire irrévocable, à l’inverse, ne peut être modifiée ou révoquée qu’avec le consentement du bénéficiaire (par. 191(1)). Lorsque la désignation valide d’un bénéficiaire irrévocable est effectuée, l’art. 191 de la *Loi sur les assurances* indique clairement que les sommes assurées cessent d’être sous le contrôle de l’assuré, ne peuvent être réclamées par les créanciers de l’assuré et ne font pas partie de la succession de l’assuré.

[16] Il est évident qu’une protection beaucoup plus grande est accordée à un bénéficiaire irrévocable qu’à un bénéficiaire révocable; le premier a un [TRADUCTION] « droit statutaire de demeurer le bénéficiaire désigné ayant droit de recevoir les sommes assurées à moins de consentir à ce que sa désignation soit révoquée » (décision de la Cour d’appel, 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721, par. 82). La loi prévoit seulement un cas où les sommes assurées peuvent être réclamées d’un bénéficiaire, peu importe si sa désignation est irrévocable : pour se conformer à une demande d’aliments présentée par une personne à charge contre la succession de la personne assurée maintenant décédée (*Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 58 et al. 72(1)(f)). Aucune demande de cette nature n’a été présentée en l’espèce.

[17] La partie V de la *Loi sur les assurances* traite également de la cession d’une police d’assurance-vie.

contract entails a promise by the insurer “to pay the contractual benefit when the insured event occurs” (*Norwood on Life Insurance Law in Canada* (3rd ed. 2002), by D. Norwood and J. P. Weir, at p. 359). It can therefore be understood as creating a chose in action against the insurer, which is transferrable from one person to another through the mechanism of an assignment. The statute provides that where the assignee gives written notice of the assignment to the insurer, he or she assumes all of the assignor’s rights and interests in the policy. Pursuant to s. 200(1)(b) of the *Insurance Act*, however, an assignee’s interest in the policy will not have priority over that of an irrevocable beneficiary who was designated prior to the time the assignee gave notice to the insurer — unless the irrevocable beneficiary consents to the assignment and surrenders his or her interest in the policy.

[18] The relevant provisions of the *Insurance Act* read as follows:

190 (1) Subject to subsection (4),² an insured may in a contract or by a declaration designate the insured, the insured’s personal representative or a beneficiary as one to whom or for whose benefit insurance money is to be payable.

(2) Subject to section 191, the insured may from time to time alter or revoke the designation by a declaration.

...

191 (1) An insured may in a contract, or by a declaration other than a declaration that is part of a will, filed with the insurer at its head or principal office in Canada during the lifetime of the person whose life is insured, designate a beneficiary irrevocably, and in that event the insured, while the beneficiary is living, may not alter or revoke the designation without the consent of the beneficiary and the insurance money is not subject to the control of the insured, is not subject to the claims of the insured’s creditor and does not form part of the insured’s estate.

(2) Where the insured purports to designate a beneficiary irrevocably in a will or in a declaration that is not filed

² The exception in subs. (4) does not apply in the circumstances of this case.

Un contrat d’assurance-vie implique une promesse de la part de l’assureur [TRADUCTION] « de payer le bénéfice contractuel lorsque se produit l’événement assuré » (*Norwood on Life Insurance Law in Canada* (3^e éd. 2002), par D. Norwood et J. P. Weir, p. 359). On peut donc considérer qu’il crée une chose non possessoire contre l’assureur, qui est transférable d’une personne à une autre par le mécanisme d’une cession. La loi prévoit que lorsque le cessionnaire donne un avis écrit de la cession à l’assureur, le premier assume tous les droits et intérêts du cédant dans la police. Toutefois, conformément à l’al. 200(1)b) de la *Loi sur les assurances*, l’intérêt d’un cessionnaire dans la police n’aura pas priorité sur celui du bénéficiaire irrévocable qui a été désigné avant le moment où le cessionnaire a donné avis à l’assureur — à moins que le bénéficiaire irrévocable ne consente à la cession et renonce à son intérêt dans la police.

[18] Les dispositions applicables de la *Loi sur les assurances* sont rédigées comme suit :

190 (1) Sous réserve du paragraphe (4)², l’assuré peut, dans un contrat ou par une déclaration, se désigner lui-même ou désigner son représentant personnel ou un bénéficiaire comme personne à laquelle ou au bénéfice de laquelle les sommes assurées doivent être versées.

(2) Sous réserve de l’article 191, l’assuré peut modifier ou révoquer la désignation par une déclaration.

...

191 (1) L’assuré peut, dans le contrat ou par une déclaration, autre qu’une déclaration faisant partie d’un testament, déposée au siège social ou au bureau principal au Canada de l’assureur, du vivant de la personne sur la tête de qui repose l’assurance, désigner un bénéficiaire à titre irrévocable. Dans ce cas, l’assuré ne peut, tant que le bénéficiaire est en vie, ni modifier ni révoquer la désignation sans le consentement de celui-ci; les sommes assurées ne sont sous le contrôle ni de l’assuré ni de ses créanciers, ne peuvent être réclamées par les créanciers de l’assuré et ne font pas partie de sa succession.

(2) Lorsque l’assuré prétend désigner un bénéficiaire à titre irrévocable dans un testament ou une déclaration qui

² L’exception prévue au par. (4) ne s’applique pas dans les circonstances de l’espèce.

as provided in subsection (1), the designation has the same effect as if the insured had not purported to make it irrevocable.

200 (1) Where an assignee of a contract gives notice in writing of the assignment to the insurer at its head or principal office in Canada, the assignee has priority of interest as against,

- (a) any assignee other than one who gave notice earlier in like manner; and
- (b) a beneficiary other than one designated irrevocably as provided in section 191 prior to the time the assignee gave notice to the insurer of the assignment in the manner prescribed in this subsection.

(2) Where a contract is assigned as security, the rights of a beneficiary under the contract are affected only to the extent necessary to give effect to the rights and interests of the assignee.

(3) Where a contract is assigned unconditionally and otherwise than as security, the assignee has all the rights and interests given to the insured by the contract and by this Part and shall be deemed to be the insured.

...

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice (Wilton-Siegel J.) — 2015 ONSC 3914*

[19] The application judge, Wilton-Siegel J., held that Risa had been unjustly enriched at Michelle's expense, and therefore impressed the proceeds of the policy with a constructive trust in Michelle's favour. He began his reasons by addressing a preliminary matter: the Oral Agreement that Lawrence and Michelle had entered into during their separation. He held that Michelle and Lawrence "each had an equitable interest in the proceeds of the Policy from the time that it was taken out" and that the Oral Agreement had effectively resulted in the "equitable assignment to [Michelle] of [Lawrence's] equitable interest in the proceeds in return for [Michelle's] agreement to pay the premiums on the Policy" (para. 17) (CanLII). According to the application

ne sont pas déposés conformément au paragraphe (1), la désignation a le même effet que si l'assuré n'avait pas prétendu la rendre irrévocable.

200 (1) Le cessionnaire d'un contrat qui donne avis écrit de la cession à l'assureur à son siège social ou à son bureau principal au Canada est titulaire d'un intérêt qui a priorité sur celui :

- a) d'un cessionnaire, sauf de celui qui a donné un avis antérieur identique;
- b) d'un bénéficiaire, sauf de celui qui a été désigné à titre irrévocable de la façon prévue à l'article 191, avant la date à laquelle le cessionnaire a avisé l'assureur de la cession de la façon prescrite au présent paragraphe.

(2) La cession en garantie d'un contrat ne porte atteinte aux droits donnés au bénéficiaire par le contrat que dans la mesure nécessaire pour donner effet aux droits et aux intérêts du cessionnaire.

(3) Lorsqu'un contrat est cédé sans condition et autrement qu'en garantie, le cessionnaire est titulaire de tous les droits et intérêts donnés à l'assuré par le contrat et par la présente partie, et est réputé être l'assuré.

...

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Wilton-Siegel) — 2015 ONSC 3914*

[19] Le juge de première instance, le juge Wilton-Siegel, a conclu que Risa s'était enrichie sans cause au détriment de Michelle, et il a par conséquent assujéti le produit de la police à une fiducie par interprétation en faveur de Michelle. Dans ses motifs, il s'est d'abord penché sur une question préliminaire : l'entente verbale conclue entre Lawrence et Michelle pendant leur séparation. Il a conclu que Michelle et Lawrence [TRADUCTION] « avaient chacun un intérêt en equity dans le produit de la police dès le moment où celle-ci a été souscrite » et que l'entente verbale avait effectivement emporté la « cession en equity à [Michelle] de l'intérêt en equity de [Lawrence] dans le produit, en échange du consentement de [Michelle] à payer les primes de la police » (par. 17)

judge, this equitable interest “took the form of a right to determine the beneficiary of the Policy” (para. 18).

[20] The application judge then turned to Michelle’s unjust enrichment claim. He found that the first two elements of the cause of action in unjust enrichment — an enrichment of the defendant and a corresponding deprivation suffered by the plaintiff — were easily met in this case: Risa had been enriched by virtue of her valid designation as irrevocable beneficiary, and Michelle had suffered a corresponding deprivation to the extent that she paid the premiums and to the extent that the proceeds had been payable to Risa “notwithstanding the prior equitable assignment of such proceeds to her” (para. 27). With respect to the third and final element — the absence of a juristic reason for the enrichment — the application judge held that Risa’s designation as beneficiary under the policy did not constitute a juristic reason that entitled her to retain the proceeds in the particular circumstances of this case (para. 46). This was because Risa’s entitlement to the proceeds would not have been possible if Michelle had not performed her obligations under the Oral Agreement, and because the Oral Agreement itself amounted to an equitable assignment of the proceeds to Michelle (para. 48).

B. *Ontario Court of Appeal (Strathy C.J.O. and Blair J.A., Lauwers J.A. dissenting) — 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721*

[21] The Ontario Court of Appeal allowed Risa’s appeal and set aside the judgment of the application judge. It ordered that the \$7,000 Michelle had paid in premiums between 2000 and 2013 be paid out of court to her and that the balance of the insurance proceeds be paid to Risa.

(1) Majority Reasons

[22] Writing for himself and for Strathy C.J.O., Blair J.A. held that it was not open to the application judge to find that the Oral Agreement amounted to an equitable assignment, since the doctrine of equitable

(CanLII). Selon le juge de première instance, cet intérêt en equity « a pris la forme d’un droit de déterminer le bénéficiaire de la police » (par. 18).

[20] Le juge de première instance s’est ensuite penché sur l’action pour enrichissement sans cause de Michelle. Il a conclu que les deux premiers éléments constitutifs de l’action pour enrichissement sans cause — l’enrichissement du défendeur et l’appauvrissement correspondant subi par le demandeur — étaient aisément satisfaits en l’espèce : Risa a été enrichie en raison de sa désignation valide comme bénéficiaire irrévocable, et Michelle a subi un appauvrissement correspondant dans la mesure où elle avait payé les primes mais le produit revenait à Risa, [TRADUCTION] « malgré que le produit lui eût été antérieurement cédé en equity » (par. 27). Quant au troisième et dernier élément — l’absence d’un motif juridique justifiant l’enrichissement — le juge de première instance a conclu que la désignation de Risa à titre de bénéficiaire de la police ne constituait pas un motif juridique lui donnant le droit de conserver le produit dans les circonstances particulières de l’espèce (par. 46). Il en était ainsi parce que le droit de Risa au produit n’aurait pas été possible si Michelle n’avait pas exécuté ses obligations prévues par l’entente verbale, et parce que l’entente verbale elle-même équivalait à une cession en equity du produit à Michelle (par. 48).

B. *Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy et le juge Blair, le juge Lauwers étant dissident) — 2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721*

[21] La Cour d’appel de l’Ontario a accueilli l’appel de Risa et a infirmé le jugement du juge de première instance. Elle a ordonné que la somme de 7 000 \$ versée par Michelle en primes entre les années 2000 et 2013 soit retirée du greffe du tribunal et lui soit remboursée, et que le solde du produit de l’assurance soit versé à Risa.

(1) Les motifs des juges majoritaires

[22] S’exprimant en son nom et en celui du juge en chef Strathy, le juge Blair a conclu qu’il n’était pas loisible au juge de première instance de conclure que l’entente verbale était assimilable à une cession

assignment had not been placed in issue by the parties before him.

[23] Turning to Michelle’s unjust enrichment claim, Blair J.A. accepted the application judge’s finding that Risa was enriched. He found it unnecessary to resolve the issue of whether the corresponding deprivation element had been made out as he found there was a juristic reason justifying the receipt by Risa of the proceeds. Specifically, Blair J.A. held that the application judge had erred in his approach to the juristic reason element of the unjust enrichment framework — first, by failing to recognize the significance of Risa’s designation as an *irrevocable* beneficiary, and second, by failing to apply the two-stage analysis mandated by this Court in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629. In Blair J.A.’s view, “the existence of the statutory regime relating to revocable and irrevocable beneficiaries . . . falls into an existing recognized category of juristic reason”, constituting “both a disposition of law and a statutory obligation” (para. 99).

[24] Blair J.A. declined to decide whether a constructive trust can be imposed only to remedy unjust enrichment and wrongful acts or can also be based on the more elastic concept of “good conscience”. He took the position that there was nothing in the circumstances of this case that put it in some “good conscience” category beyond what was captured by unjust enrichment and wrongful act.

(2) Dissenting Reasons

[25] In dissent, Lauwers J.A. agreed with the majority that the application judge had erred in relying on the equitable assignment doctrine. However, he disagreed with the majority as to the disposition of Michelle’s unjust enrichment claim and the propriety of imposing a constructive trust over the proceeds in these circumstances. He would therefore have dismissed the appeal.

en equity, puisque les parties n’avaient pas soulevé la question de la cession en equity devant lui.

[23] Se penchant sur le recours pour enrichissement sans cause de Michelle, le juge Blair a retenu la conclusion du juge de première instance que Risa s’était enrichie. Il a jugé inutile de régler la question de savoir si l’élément de l’appauvrissement correspondant avait été établi, car il a conclu à la présence d’un motif juridique justifiant la réception du produit par Risa. Plus précisément, il a statué que le juge de première instance avait mal abordé l’élément du motif juridique du cadre d’analyse de l’enrichissement sans cause — premièrement, en omettant de reconnaître l’importance de la désignation de Risa comme bénéficiaire *irrévocable*, et, deuxièmement, en omettant de mener l’analyse à deux volets exigée par notre Cour dans l’arrêt *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629. Selon le juge Blair, [TRADUCTION] « l’existence du régime législatif sur les bénéficiaires révocables et irrévocables [. . .] appartient à une catégorie existante reconnue de motif juridique », puisqu’il constitue « à la fois une disposition légale et une obligation créée par la loi » (par. 99).

[24] Le juge Blair a refusé de décider si une fiducie par interprétation ne peut être imposée que pour remédier à un enrichissement sans cause et à une conduite fautive, ou si elle peut également se fonder sur la notion plus souple de la « conscience ». Il a estimé que rien dans les circonstances ne permettait de classer la présente affaire dans une quelconque catégorie de la « conscience » au-delà du cadre de l’enrichissement sans cause et de la conduite fautive.

(2) Motifs du juge dissident

[25] Dissident, le juge Lauwers s’est dit en accord avec les juges majoritaires pour dire que le juge de première instance avait commis une erreur en s’appuyant sur la doctrine de la cession en equity. Toutefois, il n’était pas d’accord avec eux quant à l’issue de l’action pour enrichissement sans cause de Michelle et à l’opportunité d’imposer une fiducie par interprétation sur le produit de l’assurance dans ces circonstances. Il aurait par conséquent rejeté l’appel.

[26] Lauwers J.A. began by considering this Court's decision in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, and held that it leaves open four routes by which a constructive trust may be imposed: (1) as a remedy for unjust enrichment; (2) for wrongful acts; (3) in circumstances where its availability has long been recognized; and (4) otherwise where good conscience requires it. According to Lauwers J.A., in relation to the fourth route, the *Soulos* court anticipated that the law of remedial trusts would continue to develop in a way that accommodates the changing needs and mores of society.

[27] On the issue of unjust enrichment, Lauwers J.A. concluded that Michelle had made out each of the requisite elements and that a constructive trust ought therefore to be imposed over the proceeds in her favour. With respect to the corresponding deprivation element, he rejected the submission that Michelle's financial contribution was the correct measure of her deprivation, and instead found that the asset for which she had paid and of which she stood deprived was the full payout of the life insurance proceeds — not just the amount she had paid in premiums.

[28] Lauwers J.A. also rejected the proposition that the applicable *Insurance Act* provisions provided a juristic reason for Risa's retention of the proceeds. In his view, Michelle's entitlement to the insurance proceeds as against Risa was neither precluded nor affected by the operation of the *Insurance Act*. He also held that a juristic reason could not be found based on the parties' reasonable expectations or public policy considerations.

[29] Finally, regarding to the imposition of a constructive trust, Lauwers J.A. considered a number of other cases that involved disappointed beneficiaries. Noting that these cases fit awkwardly under the unjust enrichment rubric, he observed that:

... the disappointed beneficiary cases are perhaps better understood as a genus of cases in which a constructive

[26] Le juge Lauwers a commencé par examiner l'arrêt *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, de notre Cour, et a conclu qu'il ouvre quatre voies par lesquelles une fiducie par interprétation peut être imposée : (1) à titre de réparation pour remédier à l'enrichissement sans cause; (2) pour remédier aux conduites fautives; (3) dans des circonstances où la possibilité d'y recourir a été reconnue depuis longtemps; et (4) dans les autres cas où la conscience l'exige. Selon le juge Lauwers, pour ce qui est de la quatrième voie, la cour saisie de l'affaire *Soulos* s'attendait à ce que le droit relatif aux fiducies par interprétation continue d'évoluer d'une façon qui répond aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société.

[27] En ce qui concerne la question de l'enrichissement sans cause, le juge Lauwers a conclu que Michelle avait établi chacun des éléments requis, et qu'une fiducie par interprétation devait en conséquence être imposée sur le produit de la police en sa faveur. Pour ce qui est de l'appauvrissement correspondant, il a rejeté l'argument selon lequel la contribution financière de Michelle est le bon mode de calcul de son appauvrissement. Il a plutôt conclu que l'actif pour lequel elle avait payé et dont elle a été privée correspondait à l'intégralité du produit de l'assurance-vie — et non seulement à la somme qu'elle avait payée en primes.

[28] Le juge Lauwers a également rejeté la proposition selon laquelle les dispositions applicables de la *Loi sur les assurances* donnent à Risa un motif juridique de conserver le produit de la police. À son avis, l'application de la *Loi sur les assurances* ne faisait pas obstacle au droit de Michelle au produit contre Risa ni n'influeait sur ce droit. Il a également conclu qu'aucun motif juridique ne pouvait être établi sur la foi des attentes raisonnables des parties ou de considérations d'intérêt public.

[29] Enfin, en ce qui a trait à l'imposition d'une fiducie par interprétation, le juge Lauwers a examiné plusieurs autres décisions qui portent sur des bénéficiaires déçus. Soulignant que ces décisions cadrent mal avec la notion d'enrichissement sans cause, il a fait remarquer que :

[TRADUCTION] ... il est peut-être plus juste d'affirmer que la jurisprudence en matière de bénéficiaires déçus forme

trust can be imposed via the third route in *Soulos* — circumstances where the availability of a trust has previously been recognized — and the fourth route — where good conscience otherwise demands it, quite independent of unjust enrichment. [para. 276]

IV. Issues

[30] The issues in this case are as follows:

- A. Has Michelle made out a claim in unjust enrichment by establishing:
- (1) Risa’s enrichment and her own corresponding deprivation; and
 - (2) the absence of any juristic reason for Risa’s enrichment at her expense?
- B. If so, is a constructive trust the appropriate remedy?

V. Analysis

[31] In the present case, Michelle requests that the insurance proceeds be impressed with a constructive trust in her favour. The primary basis on which she seeks this remedy is unjust enrichment. In the alternative, she submits that the circumstances of her case provide a separate good conscience basis upon which a court may impose a constructive trust.

[32] A constructive trust is a vehicle of equity through which one person is required by operation of law — regardless of any intention — to hold certain property for the benefit of another (*Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), by D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, at p. 478). In Canada, it is understood primarily as a *remedy*, which may be imposed at a court’s discretion where good conscience so requires. As McLachlin J. (as she then was) noted in *Soulos*:

. . . under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts

un ensemble de décisions dans lesquelles une fiducie par interprétation peut être imposée par application du troisième critère de l’arrêt *Soulos* — les circonstances où la possibilité de recourir à une fiducie a été antérieurement reconnue — et du quatrième critère — lorsque la conscience l’exige, indépendamment de l’enrichissement sans cause. [par. 276]

IV. Questions en litige

[30] Les questions en litige sont les suivantes :

- A. Michelle a-t-elle démontré le bien-fondé d’une action pour enrichissement sans cause en établissant :
- (1) l’enrichissement de Risa et son propre appauvrissement correspondant;
 - (2) l’absence de motif juridique justifiant l’enrichissement de Risa aux dépens de Michelle?
- B. Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constitue-t-elle la réparation indiquée?

V. Analyse

[31] En l’espèce, Michelle demande que le produit de l’assurance fasse l’objet d’une fiducie par interprétation en sa faveur. Elle sollicite cette réparation principalement sur la base de l’enrichissement sans cause. À titre subsidiaire, elle soutient que dans les circonstances, la conscience constitue un fondement distinct qui permet au tribunal d’imposer une fiducie par interprétation.

[32] La fiducie par interprétation est le moyen en equity par lequel une personne est tenue par effet de la loi — indépendamment de toute intention — de détenir certains biens au profit d’une autre personne (*Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), par D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, p. 478). Au Canada, elle est principalement considérée comme une *réparation*, qui peut être imposée à la discrétion de la cour lorsque la conscience l’exige. Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans *Soulos* :

. . . au nom de la conscience, l’application de la fiducie par interprétation est reconnue au Canada tant pour

like fraud and breach of duty of loyalty, as well as to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. . . . Within these two broad categories, there is room for the law of constructive trust to develop and for greater precision to be attained, as time and experience may dictate. [Emphasis added; para. 43.]

[33] What is therefore crucial to recognize is that a proper equitable basis *must* exist before the courts will impress certain property with a remedial constructive trust. The cause of action in unjust enrichment may provide one such basis, so long as the plaintiff can also establish that a monetary award is insufficient and that there is a link between his or her contributions and the disputed property (*Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 997; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, at paras. 50-51). Absent this, a plaintiff seeking the imposition of a remedial constructive trust must point to some other basis on which this remedy can be imposed, like breach of fiduciary duty.³

[34] I now turn to consider Michelle’s claim in unjust enrichment.

A. *Unjust Enrichment*

[35] Broadly speaking, the doctrine of unjust enrichment applies when a defendant receives a benefit from a plaintiff in circumstances where it would be “against all conscience” for him or her to retain that benefit. Where this is found to be the case, the defendant will be obliged to restore that benefit to the plaintiff. As recognized by McLachlin J. in *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 788, “At the heart of the doctrine of unjust enrichment . . . lies the notion of restoration of a benefit which justice does not permit one to retain.”

³ Whether the availability of a remedial constructive trust is limited to cases involving unjust enrichment or wrongful acts need not be decided in the present case (see para. 95).

sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l’enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. [. . .] Dans le cadre de ces deux grandes catégories les règles de droit relatives à la fiducie par interprétation pourront évoluer et se préciser au fil des ans et selon les cas qui pourront se présenter. [Je souligne; par. 43.]

[33] Par conséquent, il faut absolument reconnaître que, pour que les tribunaux puissent assujettir certains biens à une fiducie par interprétation, il *doit* y avoir un motif valable en equity. L’action pour enrichissement sans cause peut constituer un tel motif, pour autant que le demandeur puisse également établir qu’une réparation pécuniaire ne suffit pas et qu’il existe un lien entre ses contributions et le bien en litige (*Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 997; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, par. 50-51). À défaut, le demandeur qui sollicite l’imposition d’une fiducie par interprétation à titre de réparation doit invoquer une autre raison pour laquelle cette réparation peut être imposée, comme un manquement à une obligation fiduciaire³.

[34] Je me penche maintenant sur l’action pour enrichissement sans cause de Michelle.

A. *L’enrichissement sans cause*

[35] De manière générale, la doctrine de l’enrichissement sans cause s’applique lorsqu’un défendeur reçoit un avantage du demandeur dans des circonstances où il serait « contraire à la bonne conscience » pour lui de conserver cet avantage. Lorsque le tribunal conclut en ce sens, le défendeur est obligé de restituer cet avantage au demandeur. Comme l’a reconnu la juge McLachlin dans l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 788, « [a]u cœur de la doctrine de l’enrichissement sans cause [. . .] se trouve la notion de la restitution d’un avantage que la justice ne permet pas au bénéficiaire de conserver. »

³ Il n’est pas nécessaire en l’espèce de décider si une fiducie par interprétation peut être imposée en guise de réparation seulement en cas d’enrichissement sans cause ou de conduite fautive (voir par. 95).

[36] Historically, restitution was available to plaintiffs whose cases fit into certain recognized “categories of recovery” — including where a plaintiff conferred a benefit on a defendant by mistake, under compulsion, out of necessity, as a result of a failed or ineffective transaction, or at the defendant’s request (*Peel*, at p. 789; *Kerr*, at para. 31). Although these discrete categories exist independently of one another, they are each premised on the existence of some injustice in permitting the defendant to retain the benefit that he or she received at the plaintiff’s expense.

[37] In the latter half of the 20th century, courts began to recognize the common principles underlying these discrete categories and, on this basis, developed “a framework that can explain all obligations arising from unjust enrichment” (L. Smith, “Demystifying Juristic Reasons” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 281, at p. 281; see also *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, and *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, per Laskin J., dissenting). Under this principled framework, a plaintiff will succeed on the cause of action in unjust enrichment if he or she can show: (a) that the defendant was enriched; (b) that the plaintiff suffered a corresponding deprivation; and (c) that the defendant’s enrichment and the plaintiff’s corresponding deprivation occurred in the absence of a juristic reason (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Garland*, at para. 30; *Kerr*, at paras. 30-45). While the principled unjust enrichment framework and the categories coexist (*Kerr*, at paras. 31-32), the parties in this case made submissions only under the principled unjust enrichment framework. These reasons proceed on this basis.

[38] This principled approach to unjust enrichment is a flexible one that allows courts to identify circumstances where justice and fairness require one party to restore a benefit to another. Recovery is therefore not restricted to cases that fit within the categories under which the retention of a conferred benefit was traditionally considered unjust (*Kerr*,

[36] Historiquement, la restitution pouvait être accordée aux demandeurs dont les cas s’inscrivaient dans certaines « catégories de recouvrement » reconnues — notamment les cas où le demandeur a conféré un avantage au défendeur par erreur, sous la contrainte, par nécessité, par suite d’une opération manquée ou non consommée, ou à la demande du défendeur (*Peel*, p. 789; *Kerr*, par. 31). Même si ces catégories distinctes existent indépendamment les unes des autres, elles reposent chacune sur l’existence d’une quelconque injustice en permettant au défendeur de conserver l’avantage qu’il avait reçu au détriment du demandeur.

[37] Dans la dernière moitié du vingtième siècle, les tribunaux ont commencé à reconnaître les principes communs qui sous-tendent ces catégories distinctes et, sur ce fondement, ils ont élaboré [TRADUCTION] « un cadre qui peut expliquer toutes les obligations découlant de l’enrichissement sans cause » (L. Smith, « Demystifying Juristic Reasons » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 281, p. 281; voir également *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, et *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, le juge Laskin, dissident). Selon ce cadre d’analyse rationnel, le demandeur aura gain de cause dans son action pour enrichissement sans cause s’il peut démontrer : a) que le défendeur s’est enrichi; b) que le demandeur a subi un appauvrissement correspondant; et c) que l’enrichissement du défendeur et l’appauvrissement correspondant du demandeur ont eu lieu en l’absence d’un motif juridique (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Garland*, par. 30; *Kerr*, par. 30-45). Bien que le cadre d’analyse rationnel de l’enrichissement sans cause et les catégories coexistent (*Kerr*, par. 31-32), les parties en l’espèce n’ont présenté des observations qu’au titre du premier. Les présents motifs sont rédigés sur cette base.

[38] Cette approche rationnelle en matière d’enrichissement sans cause est souple et permet aux tribunaux de préciser dans quelles circonstances la justice et l’équité exigent qu’une partie restitue un avantage à une autre. Le recouvrement ne se fait donc pas uniquement dans les cas qui s’inscrivent dans les catégories par lesquelles on considérait traditionnellement

at para. 32). As observed by McLachlin J. in *Peel* (at p. 788):

The tri-partite principle of general application which this Court has recognized as the basis of the cause of action for unjust enrichment is thus seen to have grown out of the traditional categories of recovery. It is informed by them. It is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice.

[39] Justice and fairness are at the core of the dispute between Michelle and Risa, both of whom are innocent parties. Moreover, and to complicate matters, resolution of this dispute requires this Court to consider the elements of an unjust enrichment claim as they apply in a context that involves several parties. Pursuant to her Oral Agreement with Lawrence, Michelle paid around \$7,000 in premiums to the Insurance Company between 2000 and 2013 in exchange for the right to remain named as beneficiary of the policy. When Lawrence passed away, however, the insurance proceeds (which totalled \$250,000) were payable by the Insurance Company not to Michelle, but to Risa — the person whom Lawrence had subsequently named the irrevocable beneficiary, contrary to the contractual obligation he owed to Michelle. The result of this arrangement was that Risa’s enrichment was significantly greater than Michelle’s out-of-pocket loss. Moreover, Risa was entitled to receive the proceeds from the Insurance Company by virtue of her designation as irrevocable beneficiary, pursuant to ss. 190 and 191 of the *Insurance Act*.

[40] These unusual circumstances raise two distinct questions respecting the law of unjust enrichment. First, what is the proper measure of Michelle’s deprivation, and in what sense does it “correspond” to Risa’s gain? Second, does the legislative framework at issue provide a juristic reason for Risa’s enrichment and Michelle’s corresponding deprivation — and if not, can such a juristic reason be found on some other basis? I will deal with each of these questions in turn.

comme injuste la conservation de l’avantage ainsi reçu (*Kerr*, par. 32). Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin dans *Peel* (p. 788) :

L’on constate donc que le principe d’application générale à trois volets reconnu par notre Cour comme le fondement de l’action pour enrichissement sans cause procède des catégories traditionnelles de recouvrement. Ces catégories constituent l’essence du principe, quoique celui-ci puisse les déborder de manière à ce que le droit puisse évoluer avec la souplesse qui s’impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice.

[39] La justice et l’équité sont au cœur du litige opposant Michelle à Risa, deux parties innocentes. De plus, et pour compliquer les choses, le règlement de ce litige oblige la Cour à examiner les éléments d’une action pour enrichissement sans cause qui s’appliquent dans un contexte faisant intervenir plusieurs parties. Conformément à son entente verbale avec Lawrence, Michelle a versé environ 7 000 \$ en primes à la compagnie d’assurance entre 2000 et 2013, en échange du droit de demeurer la bénéficiaire désignée de la police. Toutefois, lorsque Lawrence est décédé, le produit de l’assurance (qui totalisait 250 000 \$) devait être versé par la compagnie d’assurance non pas à Michelle, mais à Risa — la personne que Lawrence avait subséquentement désignée comme bénéficiaire irrévocable, contrairement à l’obligation contractuelle qu’il avait envers Michelle. Ainsi, l’enrichissement de Risa s’est avéré beaucoup plus important que la perte des sommes déboursées par Michelle. De plus, Risa avait le droit de recevoir le produit de la police de la part de la compagnie d’assurance puisqu’elle était désignée comme bénéficiaire irrévocable, conformément aux art. 190 et 191 de la *Loi sur les assurances*.

[40] Ces circonstances inhabituelles soulèvent deux questions distinctes à l’égard du droit de l’enrichissement sans cause. Premièrement, quelle est la juste mesure de l’appauvrissement de Michelle, et dans quel sens « correspond »-il au gain de Risa? Deuxièmement, le cadre législatif applicable fournit-il un motif juridique justifiant l’enrichissement de Risa et l’appauvrissement correspondant de Michelle — et, dans la négative, peut-on établir un motif juridique sur un autre fondement? Je me pencherai sur chacune de ces questions à tour de rôle.

(1) Risa's Enrichment and Michelle's Corresponding Deprivation

[41] The first two elements of the cause of action in unjust enrichment require an enrichment of the defendant and a corresponding deprivation of the plaintiff. These two elements are closely related; a straightforward economic approach is taken to both of them, with moral and policy considerations instead coming into play at the juristic reason stage of the analysis (*Kerr*, at para. 37; *Garland*, at para. 31). To establish that the defendant was enriched and the plaintiff correspondingly deprived, it must be shown that something of value — a “tangible benefit” — passed from the latter to the former (*Kerr*, at para. 38; *Garland*, at para. 31; *Peel*, at p. 790; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575, at para. 15). This Court has described the enrichment and detriment elements as being “the same thing from different perspectives” (*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660 (“*PIPSC*”), at para. 151) and thus as being “essentially two sides of the same coin” (*Peter*, at p. 1012).

[42] The parties in the present case do not dispute the fact that Risa was enriched to the full extent of the \$250,000 by virtue of her right to receive the insurance proceeds as the designated irrevocable beneficiary. The application judge found as much (at para. 27), and this finding is not contested on appeal.

[43] In addition to an enrichment of the defendant, a plaintiff asserting an unjust enrichment claim must also establish that he or she suffered a corresponding deprivation. According to Professor McInnes, this element serves the purpose of identifying the plaintiff as the person with standing to seek restitution against an unjustly enriched defendant (M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 149; see also *Peel*, at pp. 789-90, and *Kleinwort Benson Ltd. v. Birmingham City Council*, [1997] Q.B. 380 (C.A.), at pp. 393 and 400). Even if a defendant's retention of a benefit can be said to be unjust, a plaintiff has no right to recover against that defendant if he or she suffered no loss at all, or

(1) L'enrichissement de Risa et l'appauvrissement correspondant de Michelle

[41] Les deux premiers éléments de l'action pour enrichissement sans cause requièrent l'enrichissement du défendeur et l'appauvrissement correspondant du demandeur. Ces deux éléments sont étroitement liés; ils font tous deux l'objet d'une analyse économique simple, et les considérations de morale et de principe entrent en jeu plutôt à l'étape de l'analyse portant sur le motif juridique (*Kerr*, par. 37; *Garland*, par. 31). Pour établir que le défendeur s'est enrichi et que le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, il faut démontrer que quelque chose de valeur — un « avantage tangible » — est passé du dernier au premier (*Kerr*, par. 38; *Garland*, par. 31; *Peel*, p. 790; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575, par. 15). La Cour a dit des éléments d'enrichissement et d'appauvrissement qu'ils rendent compte « du même phénomène, mais sous des angles différents » (*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660 (« *IPFPC* »), par. 151), et qu'ils sont donc « essentiellement comme les deux côtés d'une pièce de monnaie » (*Peter*, p. 1012).

[42] Les parties en l'espèce ne contestent pas que Risa s'est enrichie à hauteur de 250 000 \$ grâce à son droit de recevoir le produit de l'assurance à titre de bénéficiaire irrévocable. Le juge de première instance a conclu en ce sens (par. 27), et cette conclusion n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

[43] Outre l'enrichissement du défendeur, le demandeur qui plaide l'enrichissement sans cause doit aussi établir qu'il a subi un appauvrissement correspondant. Selon le professeur McInnes, cet élément sert à expliquer que le demandeur est la personne ayant qualité pour demander la restitution contre un défendeur qui s'est enrichi sans cause (M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 149; voir également *Peel*, p. 789-790, et *Kleinwort Benson Ltd. c. Birmingham City Council*, [1997] Q.B. 380 (C.A.), p. 393 et 400). Même si la conservation de l'avantage par le défendeur peut être qualifiée d'injuste, le demandeur n'a aucun droit de recouvrement contre ce défendeur

suffered a loss wholly unrelated to the defendant's gain. Instead, the plaintiff must demonstrate that the loss he or she incurred *corresponds* to the defendant's gain, in the sense that there is some causal connection between the two (*Pettkus*, at p. 852). Put simply, the transaction that enriched the defendant must also have caused the plaintiff's impoverishment, such that the defendant can be said to have been enriched *at the plaintiff's expense* (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), at p. 3-24). While the nature of the correspondence between such gain and loss may vary from case to case, this correspondence is what grounds the plaintiff's entitlement to restitution as against an unjustly enriched defendant. Professor McInnes explains that "the Canadian conception of a 'corresponding deprivation' rightly emphasizes the crucial connection between the defendant's gain and the plaintiff's loss" (*The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, at p. 149).

[44] The authorities on this point make clear that the measure of the plaintiff's deprivation is not limited to the plaintiff's out-of-pocket expenditures or to the benefit taken directly from him or her. Rather, the concept of "loss" also captures a benefit that was never in the plaintiff's possession but that the court finds *would* have accrued for his or her benefit had it not been received by the defendant instead (*Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805, at para. 30). This makes sense because in either case, the result is the same: the defendant becomes richer in circumstances where the plaintiff becomes poorer. As was succinctly articulated by La Forest J. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 669-70:

When one talks of restitution, one normally talks of giving back to someone something that has been taken from them (a restitutionary proprietary award), or its equivalent value (a personal restitutionary award). As the Court of Appeal noted in this case, [the respondent] never in fact owned the [disputed] property, and so it cannot be "given back" to them. However, there are concurrent findings below that but for its interception by [the appellant], [the respondent] would have acquired the property. In *Air Canada* . . . , at

s'il n'a subi aucune perte, ou s'il a subi une perte qui n'a rien à voir avec le gain du défendeur. En fait, le demandeur doit démontrer que la perte qu'il a subie *correspond* au gain du défendeur, en ce qu'il existe un certain lien de causalité entre les deux (*Pettkus*, p. 852). En clair, l'opération qui a permis au défendeur de s'enrichir doit également avoir causé l'appauvrissement du demandeur, ce qui permet d'affirmer que le défendeur s'est enrichi *au détriment du demandeur* (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), p. 3-24). Bien que la nature de la correspondance entre ce gain et la perte puisse varier d'un cas à l'autre, cette correspondance sert de fondement au droit du demandeur de demander la restitution contre le défendeur qui s'est enrichi sans cause. Le professeur McInnes explique que [TRADUCTION] « la conception canadienne d'un "appauvrissement correspondant" met en relief à juste titre le lien crucial entre le gain du défendeur et la perte du demandeur » (*The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, p. 149).

[44] Les autorités sur ce point indiquent clairement que la mesure de l'appauvrissement du demandeur ne se limite pas à ses dépenses, ni à l'avantage qui lui a été pris directement. En fait, le concept de « perte » englobe également l'avantage qui n'a jamais été en la possession du demandeur mais qui, selon le tribunal, lui *serait* revenu s'il n'avait pas plutôt été remis au défendeur (*Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805, par. 30). Cette interprétation est logique parce que, dans un cas comme dans l'autre, le résultat est le même : le défendeur s'enrichit dans une situation où le demandeur s'appauvrit. Tel que l'a énoncé succinctement le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 669-670 :

Lorsqu'on parle de restitution, on parle généralement de rendre à autrui ce qu'on lui a pris (restitution du bien) ou l'équivalent de sa valeur (indemnisation). Comme l'a souligné la Cour d'appel en l'espèce, [l'intimée] n'ayant en fait jamais été propriétaire du bien-fonds [en cause], celui-ci ne peut lui être « rendu ». Toutefois, les deux juridictions inférieures ont conclu que si [l'appelante] ne l'avait pas intercepté, [l'intimée] aurait acquis ce bien-fonds. Dans l'arrêt *Air Canada* [. . .], à la p. 1203, j'ai dit

pp. 1202-03, I said that the function of the law of restitution “is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the [defendant] made at the [plaintiff’s] expense.” (Emphasis added.) In my view the fact that [the respondent in this case] never owned the property should not preclude it from the pursuing a restitutionary claim: see Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, at pp. 133-39. [The appellant] has therefore been enriched at the expense of [the respondent]. [Emphasis in original.]

While *Lac Minerals* turned largely on the defendant’s breach of confidence and breach of fiduciary duty, the above comments were made in the context of La Forest J.’s analysis of the tripartite unjust enrichment framework as it was applied in that case. My view is thus that these comments are applicable to the analysis in the present case.

[45] The foregoing also indicates that the corresponding deprivation element does not require that the disputed benefit be conferred *directly* by the plaintiff on the defendant (see McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, at p. 155, but also see pp. 156-83; Maddaugh and McCamus, *The Law of Restitution*, at p. 35-1). This understanding of the correspondence between loss and gain has also been accepted under Quebec’s civilian approach to the law of unjust enrichment:

The theory of unjustified enrichment does not require that the enrichment pass directly from the property of the impoverished to that of the enriched party The impoverished party looks to the one who profited from its impoverishment. It is then for the enriched party to find a legal justification for its enrichment.

(*Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, at p. 79; see also *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259, at pp. 1278-79.)

[46] Taking a straightforward economic approach to the enrichment and corresponding deprivation elements of the unjust enrichment framework, I am of the view that Michelle stands deprived of the right to receive the entirety of the policy proceeds (for a

que le droit en matière de restitution « sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d’une richesse qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l’espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la [défenderesse] aux dépens de la [demanderesse]. » (Je souligne.) À mon avis, le fait que [l’intimée en l’espèce] n’ait jamais été propriétaire du bien-fonds ne devrait pas l’empêcher de demander la restitution : voir Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, aux pp. 133 à 139. [L’appelante] s’est donc enrichie aux dépens de [l’intimée]. [Soulignement dans l’original.]

Bien que l’arrêt *Lac Minerals* porte en grande partie sur l’abus de confiance et le manquement à une obligation fiduciaire de la part de la défenderesse, le juge La Forest a fait les remarques qui précèdent dans le contexte de son analyse du cadre à trois volets de l’enrichissement sans cause tel qu’il a été appliqué dans cette affaire. J’estime donc que ces remarques sont applicables à l’analyse en l’espèce.

[45] Le passage précité indique aussi que l’élément d’appauvrissement correspondant ne requiert pas l’octroi *direct*, par le demandeur au défendeur, de l’avantage en litige (voir McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, p. 155, mais aussi les p. 156-183; Maddaugh et McCamus, *The Law of Restitution*, p. 35-1). Cette conception de la correspondance entre la perte et le gain a également été reconnue dans l’approche civiliste du Québec en droit de l’enrichissement sans cause :

La théorie de l’enrichissement injustifié n’exige pas que l’enrichissement passe directement du patrimoine de l’appauvri à celui de l’enrichi. [. . .] L’appauvri recherche à qui son appauvrissement a profité. C’est à l’enrichi qu’il incombe alors de trouver une justification juridique de son enrichissement.

(*Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, p. 79; voir aussi *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, p. 1278-1279.)

[46] Après avoir abordé les éléments de l’enrichissement et de l’appauvrissement correspondant selon l’analyse économique simple, je suis d’avis que Michelle est privée du droit de recevoir l’intégralité du produit de la police (d’une valeur de

value of \$250,000) and that the necessary correspondence exists between this deprivation and Risa's gain. With respect to the extent of Michelle's deprivation, my view is that the quantification of her loss should not be limited to her out-of-pocket expenditures — that is, the \$7,000 she paid in premiums between 2000 and 2013. Pursuant to her contractual obligation, she made those payments over the course of 13 years in exchange for the right to receive the policy proceeds from the Insurance Company upon Lawrence's death. In breach of his contractual obligation, however, Lawrence instead transferred that right to Risa. Had Lawrence held up his end of the bargain with Michelle, rather than designating Risa irrevocably, the right to payment of the policy proceeds would have accrued to Michelle. At the end of the day, therefore, what Michelle lost is not only the amount she paid in premiums. She stands deprived of the very thing for which she paid — that is, the right to claim the \$250,000 in proceeds.

[47] To be clear, therefore, Michelle's entitlement under the Oral Agreement is what makes it such that she was deprived of the *full* value of the insurance payout. In other cases where the plaintiff has some general belief that the insured ought to have named him or her as the designated beneficiary, but otherwise has no legal or equitable right to be treated as the proper recipient of the insurance money, it will likely be impossible to find either that the right to receive that insurance money was ever held by the plaintiff or that it would have accrued to him or her. In such cases, the properly designated beneficiary is not enriched at the expense of a plaintiff who had no claim to the insurance money in the first place — the result being that the plaintiff will not have suffered a corresponding deprivation to the full extent of the insurance proceeds (*Love v. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504, at para. 42).

[48] My colleagues, Gascon and Rowe JJ., approach Michelle's loss differently. They take the position that unjust enrichment cannot be invoked by a claimant to protect his or her "contractual expectations against innocent third parties" (para. 104). While they agree that the Canadian principle against unjust enrichment operates where a plaintiff has lost

250 000 \$), et qu'il y a la correspondance nécessaire entre cet appauvrissement et le gain de Risa. Quant à l'étendue de l'appauvrissement de Michelle, je suis d'avis que la quantification de sa perte ne devrait pas se limiter à ses débours — c'est-à-dire la somme de 7 000 \$ qu'elle a versée en primes entre 2000 et 2013. Conformément à son obligation contractuelle, elle a effectué ces paiements durant 13 ans en échange du droit de recevoir le produit de la police de la compagnie d'assurance au décès de Lawrence. Toutefois, Lawrence a plutôt conféré ce droit à Risa, faisant ainsi défaut de respecter son obligation contractuelle. Si Lawrence avait respecté sa part du marché avec Michelle plutôt que de désigner Risa à titre de bénéficiaire irrévocable, le droit au versement du produit de la police serait revenu à Michelle. Au final, cependant, Michelle a non seulement perdu la somme qu'elle a versée en primes. Elle a été privée de la chose même pour laquelle elle a payé, c'est-à-dire le droit de réclamer la somme de 250 000 \$ en produit d'assurance.

[47] Donc, pour être clair, c'est en raison du droit conféré par l'entente verbale à Michelle qu'elle a été privée de la *pleine* valeur du produit de l'assurance. Dans d'autres cas où le demandeur croyait en général que l'assuré aurait dû le désigner bénéficiaire, mais qu'il ne pouvait pas par ailleurs, en droit ou en equity, être considéré comme le bénéficiaire des sommes assurées, il sera vraisemblablement impossible de conclure que le demandeur a joui à quelque moment que ce soit du droit de toucher ces sommes ou qu'elles lui revenaient. Dans de tels cas, le bénéficiaire désigné à bon droit ne s'enrichit pas aux dépens d'un demandeur qui n'avait pas droit à l'origine aux sommes assurées, d'où le fait que le demandeur n'aura pas subi d'appauvrissement correspondant équivalant à la totalité du produit de l'assurance (*Love c. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504, par. 42).

[48] Mes collègues les juges Gascon et Rowe abordent différemment la perte de Michelle. Ils sont d'avis qu'un demandeur ne peut invoquer le principe de l'enrichissement sans cause pour « [protéger ses] attentes contractuelles [. . .] contre des tiers innocents » (par. 104). Bien qu'ils conviennent que le principe de droit canadien interdisant l'enrichissement

wealth that was either in his or her possession or that would have accrued for his or her benefit, they take the position that “awards for expected property have generally been where there was a breach of an equitable duty”, and they distinguish that situation from cases where the plaintiff held “a valid contractual expectation” of receiving certain property (para. 104).

[49] My view is that it is not useful, in the context of unjust enrichment, to distinguish between expectations based on a contractual obligation and expectations where there was a breach of an equitable duty (see my colleagues’ reasons, at para. 104). Rather, a robust approach to the corresponding deprivation element focuses simply on what the plaintiff *actually* lost — that is, property that was in his or her possession or that would have accrued for his or her benefit — and on whether that loss corresponds to the defendant’s enrichment, such that we can say that the latter was enriched *at the expense* of the former. As was observed by Professors Maddaugh and McCamus in *The Law of Restitution*, one source of difficulty in these kinds of disappointed beneficiary cases is

a rigid application of the “corresponding deprivation” or “expense” element as if it requires that the benefit in the defendant’s hands must have been transferred from, or constitute an out-of-pocket expense of, the plaintiff. . . . [R]estitution of benefits received from third parties may well provide a basis for recovery. In this particular context, the benefit received can, in any event, normally be described as having been received at the plaintiff’s expense in the sense that, but for the mistaken failure to implement the arrangements in question, the benefit would have been received by the plaintiff. [Emphasis added; p. 35-21.]

I agree. In this case, given the fact that Michelle held up her end of the bargain, kept the policy alive by paying the premiums, did not predecease Lawrence, and still did not get what she actually contracted for, it seems artificial to suggest that her loss was anything less than the right to receive the entirety of the insurance proceeds.

sans cause s’applique lorsqu’un demandeur a perdu une richesse qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait, ils soutiennent que « le bien attendu a généralement été restitué lorsqu’il y avait manquement à un devoir en equity » et ont distingué la présente situation du cas où le demandeur avait « une attente contractuelle valable » de recevoir un bien (par. 104).

[49] À mon avis, il n’est pas utile, dans le contexte de l’enrichissement sans cause, de distinguer les attentes fondées sur une obligation contractuelle des attentes en cas de manquement à un devoir en equity (voir les motifs de mes collègues, par. 104). La démarche rigoureuse qui s’applique à l’élément de l’appauvrissement correspondant met plutôt l’accent sur la perte *réelle* du demandeur — c’est-à-dire le bien qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait — et sur la question de savoir si cette perte correspond à l’enrichissement du défendeur, de sorte qu’il soit possible d’affirmer que ce dernier s’est enrichi *au détriment* du premier. Comme l’ont fait remarquer les professeurs Maddaugh et McCamus dans leur ouvrage *The Law of Restitution*, ce qui rend difficile ce genre d’affaires mettant en jeu des bénéficiaires déçus, c’est entre autres

[TRADUCTION] l’application rigide de l’élément de « l’appauvrissement correspondant » ou du « détriment » comme s’il fallait que l’avantage reçu par le défendeur ait été transféré du demandeur ou corresponde aux dépenses engagées par le demandeur. [. . .] [L]a restitution d’un avantage reçu d’un tiers peut fort bien servir de fondement au recouvrement. Dans le contexte qui nous occupe, on peut normalement dire que l’avantage a de toute manière été reçu au détriment du demandeur, en ce sens que, n’eût été l’omission à tort de mettre en œuvre l’arrangement en question, le demandeur aurait reçu l’avantage. [Je souligne; p. 35-21.]

Je suis d’accord. En l’espèce, vu le fait que Michelle a respecté sa part du marché, qu’elle a maintenu la police en vigueur en payant les primes, qu’elle n’est pas décédée avant Lawrence et, malgré tout, qu’elle n’a pas reçu ce qui était prévu en fait dans le contrat, il paraît artificiel de prétendre que sa perte était autre que le droit de recevoir la totalité du produit de l’assurance.

[50] From this perspective, it is equally clear that Risa's enrichment came at Michelle's expense. It is not only that Michelle's payment of the premiums made Risa's enrichment possible — something which the application judge found to be the case: "The change of designation, and [Risa's] later receipt of the proceeds of the Policy, would not have been possible but for [Michelle's] performance of her obligations under the agreement" (para. 48). What is more significant is that Risa's designation gave her the statutory right to receive the insurance proceeds, the necessary implication being that Michelle would have no such right *despite* the fact that she had a contractual entitlement, by virtue of the agreement with Lawrence, to remain named as beneficiary. Because Risa received the benefit that otherwise would have accrued to Michelle, the requisite correspondence exists: the former was enriched at the expense of the latter.

[51] My colleagues also dispute this proposition. They say that any deprivation suffered by Michelle is attributable to the fact that she lacks the practical ability to recover anything against Lawrence's insolvent estate. The result, in their view, is that what Risa received — a statutory entitlement to the proceeds — is different than what Michelle lost — which they characterize as the ability to enforce her contractual rights against Lawrence's estate (para. 111). Again, I disagree; since Risa was given the very thing that Michelle had contracted to receive *and was otherwise entitled to receive* (given that she held up her end of the bargain), it seems evident to me that Risa was enriched at Michelle's expense. To be clear, it is not simply that Risa gained a benefit with a value equal to the amount of Michelle's deprivation. Rather, what Risa gained is the precise benefit that Michelle lost: the right to receive the proceeds of Lawrence's life insurance policy. I would also add that the insolvency of Lawrence's estate simply means that Michelle would be unable to recover the value of her loss by bringing an action against Lawrence's estate in breach of contract; it does not affect her ability to bring an unjust enrichment claim against Risa. The fact that a plaintiff has a contractual claim against one defendant does not preclude the plaintiff from advancing his or her case by asserting a separate cause

[50] Vu sous cet angle, il est tout aussi clair que Risa s'est enrichie au détriment de Michelle. Premièrement, le paiement des primes par Michelle a non seulement permis à Risa de s'enrichir — un fait reconnu par le juge de première instance : [TRANSDUCTION] « Le changement de désignation et la réception ultérieure du produit de la police par [Risa] n'auraient pas été possibles si [Michelle] n'avait pas exécuté ses obligations prévues dans l'entente » (par. 48). Fait plus important encore, la désignation de Risa comme bénéficiaire lui a donné le droit statutaire de recevoir le produit de l'assurance, ce qui laisse nécessairement entendre que Michelle n'y avait pas droit en vertu de la loi *en dépit* du fait qu'elle disposait d'un droit contractuel, découlant de l'entente conclue avec Lawrence, de demeurer désignée comme bénéficiaire. Puisque Risa a reçu le bénéfice qui aurait autrement été conféré à Michelle, la correspondance requise existe : la première s'est enrichie au détriment de la seconde.

[51] Mes collègues contestent aussi cette proposition. Ils affirment que tout appauvrissement de Michelle est attribuable au fait qu'il lui est impossible, sur le plan pratique, de recouvrer quoi que ce soit de la succession insolvable de Lawrence. Par conséquent, selon eux, ce que Risa a reçu — un droit reconnu par la loi au produit — diffère de l'appauvrissement de Michelle — ce qu'ils caractérisent comme la capacité d'exercer ses droits contractuels à l'encontre de la succession de Lawrence (par. 111). Encore une fois, je ne suis pas d'accord; puisque Risa a reçu précisément ce que Michelle devait recevoir en vertu du contrat *et ce à quoi elle avait par ailleurs droit* (étant donné qu'elle a respecté sa part du marché), il me semble évident que Risa s'est enrichie au détriment de Michelle. En clair, ce n'est pas simplement que Risa a obtenu un avantage de valeur équivalent à l'appauvrissement de Michelle. C'est plutôt que Risa a obtenu précisément ce que Michelle a perdu : le droit au versement du produit de la police d'assurance-vie de Lawrence. J'ajouterais aussi que l'insolvabilité de la succession de Lawrence se traduit simplement par l'impossibilité pour Michelle de recouvrer sa perte en intentant une action en violation de contrat contre la succession de Lawrence, mais cela ne l'empêche pas de présenter une action pour enrichissement sans cause contre Risa. Le fait

of action against another defendant if it appears most advantageous (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 206).

[52] I would therefore conclude that the requisite enrichment and corresponding deprivation are both present in this case. The payability of the insurance proceeds by the Insurance Company for Risa’s benefit did in fact impoverish Michelle “to the full extent of the insurance payout in [Risa’s] favour” (Court of Appeal decision, at para. 208 (Lauwers J.A., dissenting)).

[53] In light of this, the Court of Appeal’s order — which was made on the consent of the parties, and which requires that \$7,000 of the proceeds be paid to Michelle and that the balance be paid to Risa — cannot be upheld on a principled basis. If there is a juristic reason for Risa’s retention of the insurance money, then Michelle’s claim will necessarily fail and Risa will be entitled to the full \$250,000. If there is no such juristic reason, however, then Michelle’s unjust enrichment claim will succeed and she will be entitled to a restitutionary remedy totalling that amount.

(2) Absence of Any Juristic Reason

[54] Having established an enrichment and a corresponding deprivation, Michelle must still show that there is no justification in law or equity for the fact that Risa was enriched at her expense in order to succeed in her claim. As observed by Cromwell J. in *Kerr* (at para. 40):

The third element of an unjust enrichment claim is that the benefit and corresponding detriment must have occurred without a juristic reason. To put it simply, this means that there is no reason in law or justice for the defendant’s retention of the benefit conferred by the plaintiff, making its retention “unjust” in the circumstances of the case [Emphasis added.]

que le demandeur ait une réclamation contractuelle contre un défendeur ne l’empêche pas de faire valoir sa cause au moyen d’une cause d’action distincte contre un autre défendeur, si cette façon de faire lui paraît plus avantageuse (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 206).

[52] Je suis donc d’avis de conclure que les éléments requis de l’enrichissement et de l’appauvrissement correspondant sont tous deux présents en l’espèce. La faculté de la compagnie d’assurance de payer le produit de l’assurance au profit de Risa a effectivement appauvri Michelle [TRADUCTION] « à hauteur du produit de l’assurance payable en faveur de [Risa] » (décision de la Cour d’appel, par. 208 (le juge Lauwers, dissident)).

[53] À la lumière de ces constatations, l’ordonnance de la Cour d’appel — qui a été rendue sur consentement des parties et exige que la somme de 7 000 \$ du produit soit versée à Michelle et que le solde soit versé à Risa — ne peut être confirmée sur le fondement de principes. Si l’existence d’un motif juridique permettant à Risa de conserver les sommes assurées est établie, Michelle sera forcément déboutée de son action et Risa aura droit à l’intégralité des 250 000 \$. En l’absence d’un tel motif juridique, toutefois, l’action pour enrichissement sans cause de Michelle sera accueillie, et elle aura droit à la restitution de cette somme.

(2) Absence d’un motif juridique

[54] Ayant établi un enrichissement et un appauvrissement correspondant, Michelle doit tout de même démontrer, pour avoir gain de cause, que l’enrichissement de Risa à son détriment n’est pas justifié par un motif en droit ou en equity. Comme l’a fait remarquer le juge Cromwell dans l’arrêt *Kerr* (par. 40) :

Le troisième élément d’une action pour enrichissement injustifié est qu’il doit y avoir eu un avantage et un appauvrissement correspondant sans motif juridique. En somme, ni le droit ni les exigences de la justice ne permettent au défendeur de conserver l’avantage conféré par le demandeur, rendant la conservation de l’avantage « injuste » dans les circonstances de l’affaire . . . [Je souligne.]

[55] This understanding of juristic reason is crucial for the purposes of the present appeal. The third element of the cause of action in unjust enrichment is essentially concerned with the justification for the defendant’s retention of the benefit conferred on him or her at the plaintiff’s expense — or, to put it differently, with whether there is a juristic reason for the transaction that resulted in both the defendant’s enrichment and the plaintiff’s corresponding deprivation. If there is, then the defendant will be justified in keeping or retaining the benefit received at the plaintiff’s expense, and the plaintiff’s claim will fail accordingly. At its core, the doctrine of unjust enrichment is fundamentally concerned with reversing transfers of benefits that occur without any legal or equitable basis. As McLachlin J. stated in *Peter* (at p. 990), “It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are ‘unjust.’”

[56] In *Garland*, this Court shed light on exactly what must be shown under the juristic reason element of the unjust enrichment analysis — and in particular, on whether this third element requires that cases be decided by “finding a ‘juristic reason’ for a defendant’s enrichment” or instead by “asking whether the plaintiff has a positive reason for demanding restitution” (para. 41, citing *Garland v. Consumers’ Gas Co.* (2001), 57 O.R. (3d) 127 (C.A.), at para. 105). In an effort to eliminate the uncertainty between these competing approaches, Iacobucci J. formulated a juristic reason analysis that proceeds in two stages.

[57] The first stage requires the plaintiff to demonstrate that the defendant’s retention of the benefit at the plaintiff’s expense cannot be justified on the basis of any of the “established” categories of juristic reasons: a contract, a disposition of law, a donative intent, and other valid common law, equitable or statutory obligations (*Garland*, at para. 44; *Kerr*, at para. 41). If any of these categories applies, the analysis ends; the plaintiff’s claim must fail because the defendant will be justified in retaining the disputed benefit. For example, a plaintiff will be denied

[55] Cette interprétation du motif juridique est cruciale pour les besoins du présent pourvoi. Le troisième élément de l’action pour enrichissement sans cause s’attache fondamentalement à la justification du fait que le défendeur a conservé l’avantage qui lui a été conféré aux dépens du demandeur ou, autrement dit, à la question de savoir si un motif juridique justifie l’opération ayant entraîné l’enrichissement du défendeur et l’appauvrissement correspondant du demandeur. S’il existe un tel motif juridique, le défendeur sera justifié de conserver l’avantage reçu au détriment du demandeur, et ce dernier sera conséquemment débouté de son action. La doctrine de l’enrichissement sans cause consiste fondamentalement à annuler le transfert d’un avantage qui a eu lieu sans motif en droit ou en equity. Comme l’a mentionné la juge McLachlin dans *Peter* (p. 990), « [c]’est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l’enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont “injustes”. »

[56] Dans l’arrêt *Garland*, la Cour a jeté un éclairage sur ce qu’il faut démontrer au juste pour satisfaire à l’élément du motif juridique de l’analyse de l’enrichissement sans cause — et, en particulier, au sujet de la question de savoir si ce troisième élément exige que les litiges soient tranchés [TRADUCTION] « en concluant à l’existence d’un “motif juridique” justifiant l’enrichissement du défendeur », ou plutôt « en se demandant si le demandeur avait une raison concrète d’exiger la restitution » (par. 41, citant *Garland c. Consumers’ Gas Co.* (2001), 57 O.R. (3d) 127 (C.A.), par. 105). Afin d’éliminer l’incertitude entre ces deux approches opposées, le juge Iacobucci a formulé une analyse du motif juridique qui comporte deux étapes.

[57] À la première étape, le demandeur doit démontrer qu’aucune des catégories « établies » de motifs juridiques ne justifie que le défendeur conserve l’avantage au détriment du demandeur : le contrat, la disposition légale, l’intention libérale et les autres obligations valides imposées par la common law, l’equity ou la loi (*Garland*, par. 44; *Kerr*, par. 41). Si l’une ou l’autre de ces catégories s’applique, l’analyse prend fin; l’action du demandeur est forcément vouée à l’échec puisque le défendeur sera justifié de conserver l’avantage contesté. Par exemple, le

recovery in circumstances where he or she conferred a benefit on a defendant by way of gift, since there is nothing unjust about a defendant retaining a gift of money that was made to him or her by (and that resulted in the corresponding deprivation of) the plaintiff. In this way, these established categories limit the subjectivity and discretion inherent in the unjust enrichment analysis and help to delineate the boundaries of this cause of action (*Garland*, at para. 43).

[58] If the plaintiff successfully demonstrates that none of the established categories of juristic reasons applies, then he or she has established a *prima facie* case and the analysis proceeds to the second stage. At this stage, the defendant has an opportunity to rebut the plaintiff's *prima facie* case by showing that there is some residual reason to deny recovery (*Garland*, at para. 45). The *de facto* burden of proof falls on the defendant to show why the enrichment should be retained. In determining whether this may be the case, the court should have regard to two considerations: the parties' reasonable expectations and public policy (*Garland*, at para. 46; *Kerr*, at para. 43).

[59] This two-stage approach to juristic reason was designed to strike a balance between the need for predictability and stability on the one hand, and the importance of applying the doctrine of unjust enrichment flexibly, and in a manner that reflects our evolving perception of justice, on the other.

(a) *First Stage — None of the Established Categories Applies in These Circumstances*

[60] The first stage of the *Garland* framework asks whether a juristic reason from an established category operates to deny recovery. Michelle submits that none of these categories applies in the circumstances of this case. Risa takes the position that the *Insurance Act* required the proceeds of the policy to be paid exclusively to her as the validly designated beneficiary, such that the applicable legislation constitutes a juristic reason to deny the recovery sought by Michelle.

demandeur n'aura pas droit au recouvrement dans le cas où il a conféré un avantage au défendeur sous la forme d'un don, puisqu'il n'y a rien d'injuste pour le défendeur à conserver une somme d'argent qui lui a été donnée par le demandeur (et qui a ainsi entraîné l'appauvrissement correspondant de) ce dernier. Ces catégories établies limitent de cette manière la subjectivité et le pouvoir discrétionnaire inhérents à l'analyse de l'enrichissement sans cause et aident à établir les limites de la cause d'action (*Garland*, par. 43).

[58] Si le demandeur parvient à démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne s'applique, il aura alors établi une preuve *prima facie* et le tribunal passe alors à la deuxième étape de l'analyse. À ce stade, le défendeur a l'occasion de réfuter la preuve *prima facie* du demandeur en démontrant qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement (*Garland*, par. 45). Le défendeur a l'obligation *de facto* de démontrer pourquoi il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. Pour décider si cela est possible, le tribunal doit tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et l'intérêt public (*Garland*, par. 46; *Kerr*, par. 43).

[59] Cette analyse en deux étapes du motif juridique a été conçue pour établir un équilibre entre le besoin de prévisibilité et de stabilité, d'une part, et l'importance d'appliquer la doctrine de l'enrichissement sans cause avec souplesse et compte tenu de notre perception changeante de la justice, d'autre part.

a) *Première étape — Aucune des catégories établies ne s'applique dans les circonstances*

[60] Suivant la première étape du cadre établi dans l'arrêt *Garland*, il faut se demander si un motif juridique appartenant à une catégorie établie justifie de refuser le recouvrement. Michelle soutient qu'aucune de ces catégories ne s'applique dans les circonstances de l'espèce. Pour sa part, Risa est d'avis que la *Loi sur les assurances* exigeait que le produit de la police lui soit versé exclusivement en tant que bénéficiaire validement désignée, de sorte que la loi applicable constitue un motif juridique de refuser le recouvrement demandé par Michelle.

[61] The main issue at this stage of the analysis is therefore whether a beneficiary designation made pursuant to ss. 190(1) and 191(1) of the *Insurance Act* — which, when coupled with Lawrence’s insurance policy, makes it clear that Risa is the one to whom the insurance proceeds are payable — provides a juristic reason for Risa to retain those proceeds in light of Michelle’s claim to the money. Put differently, the question can be framed as follows: is there any aspect of this statutory framework that justifies the fact that Risa was enriched *at Michelle’s expense*? If so, Michelle’s claim will necessarily fail.

[62] My colleagues dispute this proposition. In their view, it is sufficient to show that there is some juristic reason for the fact that the defendant was enriched, and there is thus no need to demonstrate that the enrichment *and the corresponding deprivation* occurred without a juristic reason. With respect, this proposition is at odds with the clear guidance provided by this Court in *Kerr* (para. 40, reproduced at para. 54 of these reasons) and disregards the work already done by the recognized categories of juristic reasons identified in *Garland*. Each of these categories points to a *relationship* between the plaintiff and the defendant that justifies the fact that a benefit passed from the former to the latter. To focus exclusively on the reason why the defendant was enriched is to ignore this key aspect of the law of unjust enrichment.

[63] Two categories of juristic reasons might be said to apply in the circumstances of this case: disposition of law and statutory obligations. Disposition of law is a broad category that applies in various circumstances, including “where the enrichment of the defendant at the plaintiff’s expense is required by law, such as where a valid statute denies recovery” (*Kerr*, at para. 41 (emphasis added)). The statutory obligations category operates in a substantially similar manner, precluding recovery where a legislative enactment expressly or implicitly mandates a transfer of wealth from the plaintiff to the defendant. Although there is undoubtedly a degree of overlap between these two distinct categories, what matters for the purposes of this appeal is that a plaintiff’s

[61] La question principale à cette étape de l’analyse est donc de savoir si la désignation du bénéficiaire effectuée conformément aux par. 190(1) et 191(1) de la *Loi sur les assurances* — laquelle, combinée à la police d’assurance de Lawrence, révèle clairement que c’est à Risa que revient le produit de la police d’assurance — établit un motif juridique permettant à Risa de conserver ce produit étant donné la réclamation de Michelle. Autrement dit, la question peut être formulée comme suit : y a-t-il un aspect de ce cadre législatif qui justifie le fait que Risa s’est enrichie *au détriment de Michelle*? Dans l’affirmative, l’action de Michelle sera forcément rejetée.

[62] Mes collègues sont en désaccord avec cette proposition. À leur avis, il suffit de démontrer qu’il existe un motif juridique quelconque justifiant l’enrichissement du défendeur, et qu’il n’est donc pas nécessaire de démontrer que l’enrichissement *et l’appauvrissement correspondant* sont survenus sans motif juridique. Avec égards, cette proposition va à l’encontre des directives claires données par la Cour dans *Kerr* (par. 40, reproduit au par. 54 des présents motifs) et ignore l’impact des catégories reconnues de motifs juridiques énoncées dans l’arrêt *Garland*. Chacune de ces catégories démontre une *relation* entre le demandeur et le défendeur qui justifie que l’avantage ait été transféré du premier au deuxième. Se concentrer exclusivement sur le motif de l’enrichissement du défendeur, c’est faire abstraction de cet élément important du droit relatif à l’enrichissement sans cause.

[63] Deux catégories de motifs juridiques peuvent s’appliquer dans les circonstances de l’espèce : la disposition légale et l’obligation imposée par la loi. La disposition légale est une catégorie générale qui entre en jeu dans diverses circonstances, y compris dans « les cas où la loi prescrit l’enrichissement du défendeur au détriment du demandeur, comme lorsqu’une loi valide empêche le recouvrement » (*Kerr*, par. 41 (je souligne)). La catégorie des obligations imposées par la loi opère sensiblement de la même façon, en interdisant le recouvrement lorsqu’un texte de loi prescrit expressément ou implicitement le transfert de richesse du demandeur au défendeur. Bien qu’il y ait indubitablement un degré de chevauchement entre ces deux catégories distinctes,

claim will necessarily fail if a legislative enactment provides a reason for the enrichment and corresponding deprivation, so as to preclude recovery in unjust enrichment. As Professors Maddaugh and McCamus note in *The Law of Restitution*:

. . . it is perhaps self-evident that an unjust enrichment will not be established in any case where enrichment of the defendant at the plaintiff's expense is required by law. The payment of validly imposed taxes may be considered unjust by some but their payment gives rise to no restitutionary right of recovery. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 3-28.]

[64] The jurisprudence provides ample support for this proposition. Among the issues in *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (“*GST Reference*”), was whether suppliers registered under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, that incurred costs in collecting the Goods and Services Tax on behalf of the federal government could recover those costs from the government on the basis of restitution. For a majority of this Court, Lamer C.J. answered this question in the negative:

Under the GST Act the expenses involved in collecting and remitting the GST are borne by registered suppliers. This certainly constitutes a burden to these suppliers and a benefit to the federal government. However, this is precisely the burden contemplated by statute. Hence, a juridical reason for the retention of the benefit by the federal government exists unless the statute itself is *ultra vires*. [Emphasis added; p. 477.]

[65] A similar issue arose in *Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325. In that case, the respondents were charged under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, for harvesting and attempting to sell large quantities of herring spawn. The Department of Fisheries and Oceans seized and sold the herring spawn, and the appellant Crown in Right of Canada held the proceeds pending

ce qui importe pour les besoins du présent pourvoi est que l'action du demandeur sera nécessairement rejetée si un texte de loi prévoit un motif pour l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant, faisant ainsi obstacle au recouvrement en cas d'enrichissement sans cause. Comme le signalent les professeurs Maddaugh et McCamus dans *The Law of Restitution* :

[TRADUCTION] . . . cela va peut-être de soi que l'enrichissement sans cause ne sera pas établi dans tous les cas où la loi prescrit l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur. Le paiement de taxes validement imposées peut être considéré comme injuste par certains, mais leur paiement ne donne pas droit au recouvrement. [Je souligne; notes en bas de page omises; p. 3-28.]

[64] La jurisprudence étaye amplement cette proposition. Parmi les questions soulevées dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (« *Renvoi sur la TPS* »), il y avait celle de savoir si les fournisseurs inscrits aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15, qui engagent des dépenses pour percevoir la taxe sur les produits et services au nom du gouvernement fédéral peuvent recouvrer ces dépenses auprès de ce dernier sous forme de restitution. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Lamer a répondu à cette question par la négative :

Aux termes de la Loi sur la TPS, les dépenses engagées pour la perception et la remise de la TPS incombent aux fournisseurs inscrits. Cette situation représente certainement un fardeau pour ces fournisseurs et un avantage pour le gouvernement fédéral. Toutefois, il s'agit précisément du fardeau que prévoit la loi. Il existe donc un motif juridique pour que le gouvernement fédéral conserve cet avantage à moins que les dispositions elles-mêmes ne soient *ultra vires*. [Je souligne; p. 477.]

[65] Une question semblable a été soulevée dans *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325. Dans cette affaire, les intimés ont été accusés, en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1970, c. F-14, d'avoir récolté et tenté de vendre de grandes quantités de rogue de hareng. Le ministère des Pêches et des Océans a saisi et vendu la rogue de hareng, et l'appelante, la Couronne du chef du

the outcome of the proceedings. The proceedings were eventually stayed and the net proceeds paid to the respondents. Because the Crown refused to pay interest or any other additional amount, however, the respondents sought restitution in the amount of \$132,000, on the ground that the Crown had been unjustly enriched by its retention of the proceeds during the time of seizure. Writing for a unanimous Court, Major J. denied that claim on the following basis:

Here, Parliament has enacted a statutory regime to regulate the commercial fishery. It has provided an extensive framework dealing with the seizure and return of things seized. This regime specifically provides for the return of any fish, thing, or proceeds realized. This was followed. Interest or some other additional amount might have been gratuitously included, but it was not. The validity of the *Fisheries Act* was not, nor could have been, successfully challenged. Therefore, the Act provides a juristic reason for any incidental enrichment which may have occurred in its operation. As a result, the unjust enrichment claim fails. [para. 22]

In short, it was Major J.'s position that the statutory regime, by specifying what had to be returned, made it clear that anything falling outside of the specified categories was to be retained by the Crown. In other words, the *Fisheries Act* stipulated that, in certain circumstances, a benefit would be retained by the Crown.

[66] These cases are examples of situations where a statute precluded recovery on the basis of unjust enrichment. It is to be noted that in each case, recovery was denied because the legislation in question expressly or implicitly required the transfer of wealth between the plaintiff and the defendant and therefore justified the defendant's retention of the benefit received at the plaintiff's expense. It is in this way that the applicable legislation can be understood as "denying" or "barring" recovery in restitution and therefore as supplying a juristic reason for the defendant's retention of the benefit.

[67] What, then, should we make of ss. 190(1) and 191(1) of the *Insurance Act*? The former permits the

Canada, a retenu le produit de la vente en attendant l'issue du litige. Les procédures ont finalement été suspendues, et le produit net de la vente a été versé aux intimés. Toutefois, comme la Couronne a refusé de payer les intérêts ou toute autre somme additionnelle, les intimés ont demandé la restitution de 132 000 \$, au motif que la Couronne s'était enrichie sans cause en conservant le produit de la vente pendant la durée de la saisie. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Major a rejeté cette demande pour les motifs suivants :

En l'espèce, le législateur a adopté des dispositions régissant la pêche commerciale. Il a établi un régime complet qui traite de la saisie et de la restitution des objets saisis. Ce régime prescrit expressément la restitution du poisson, des objets ou du produit de leur vente, et il a été appliqué. Des intérêts ou quelque autre montant additionnel auraient pu être accordés à titre gracieux, mais cela n'a pas été fait. La validité de la *Loi sur les pêches* n'a pas été contestée avec succès et n'aurait pas pu l'être non plus. Par conséquent, la Loi constitue un motif juridique justifiant tout enrichissement accessoire qui peut s'être produit dans le cadre de son application. Il s'ensuit que la demande fondée sur l'enrichissement injuste échoue. [par. 22]

Bref, selon le juge Major, il était clair que, puisque le régime législatif précisait ce qui devait être restitué, tout ce qui n'était pas visé par les catégories énoncées pouvait être conservé par la Couronne. Autrement dit, la *Loi sur les pêches* prévoyait que la Couronne conserverait un avantage dans certaines situations.

[66] Ces décisions illustrent des cas où la loi a empêché le recouvrement fondé sur l'enrichissement sans cause. Il convient de souligner que dans chacun des cas, le recouvrement a été refusé parce que la loi en cause exigeait expressément ou implicitement le transfert de richesse entre le demandeur et le défendeur, et justifiait par conséquent que le défendeur conserve l'avantage qu'il avait reçu au détriment du demandeur. Ainsi, la loi applicable peut être interprétée comme « refusant » ou « interdisant » le recouvrement par voie de restitution, et constitue ainsi un motif juridique justifiant le fait que le défendeur conserve l'avantage.

[67] Que devrait-on alors penser des par. 190(1) et 191(1) de la *Loi sur les assurances*? Le premier

insured to identify the person to whom or for whose benefit the insurance money is payable when the insured passes away. Coupled with the insurance contract, it directs the insurer to pay the proceeds to the person so designated. The latter provides that such a designation may be made irrevocably.

[68] Given the fact that a statute will preclude recovery for unjust enrichment where it requires (either explicitly or by necessary implication) that the defendant be enriched to the detriment of the plaintiff, the provisions of the *Insurance Act* may therefore provide a juristic reason for the beneficiary's enrichment vis-à-vis any corresponding deprivation that may have been suffered by the insurer at the time the insurance money is eventually paid out. For this reason, an unjust enrichment claim brought by the insurer against the designated beneficiary (revocable or irrevocable) would necessarily fail at this stage; the rights and obligations that exist in that context — both statutory and contractual — justify the beneficiary's enrichment at the insurer's expense (*Saskatchewan Crop Insurance Corp. v. Deck*, 2008 SKCA 21, 307 Sask. R. 206, at paras. 47-54).

[69] A valid beneficiary designation under the *Insurance Act* has also been found to constitute a juristic reason that defeats a third party's claim for the entirety of the death benefit in circumstances where that party paid some of the premiums under the erroneous belief that he or she was the named beneficiary. In *Richardson (Estate Trustee of) v. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65, the deceased had maintained his first wife as the designated beneficiary under a life insurance policy. His second wife, who did not have a contractual right to be named as beneficiary, wrongly believed that he had executed a change of beneficiary designation in her favour, and paid some of the policy premiums — initially from a joint bank account she shared with the deceased and later from her own bank account. She sought the imposition of a constructive trust in her favour over the policy proceeds, arguing that there was no juristic reason for the first wife's enrichment. Even accepting that the second wife could be said to have suffered a corresponding deprivation, the Ontario Court of

permet à l'assuré d'identifier la personne à qui les sommes assurées devront être versées au décès de l'assuré et, conjugué au contrat d'assurance, il enjoint à l'assureur de verser le produit à la personne ainsi désignée. Le paragraphe 191(1), quant à lui, dispose que cette désignation peut être faite de manière irrévocable.

[68] Puisqu'une loi interdira le recouvrement pour enrichissement sans cause lorsqu'elle exige (soit en termes exprès, soit par déduction nécessaire) que le défendeur se soit enrichi au détriment du demandeur, les dispositions de la *Loi sur les assurances* peuvent donc constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement du défendeur vis-à-vis de tout appauvrissement correspondant que l'assureur pouvait avoir subi au moment où les sommes assurées sont finalement versées. Pour cette raison, toute action pour enrichissement sans cause intentée par l'assureur contre le bénéficiaire désigné (révocable ou irrévocable) serait forcément rejetée à ce stade-ci; les droits et obligations statutaires et contractuels qui existent dans ce contexte justifient l'enrichissement du bénéficiaire au détriment de l'assureur (*Saskatchewan Crop Insurance Corp. c. Deck*, 2008 SKCA 21, 307 Sask. R. 206, par. 47-54).

[69] La désignation valide d'un bénéficiaire en vertu de la *Loi sur les assurances* a également été jugée comme étant un motif juridique qui fait obstacle au droit d'un tiers à l'intégralité de la prestation de décès dans des situations où ce tiers a payé une partie des primes en croyant à tort qu'il ou elle était le bénéficiaire désigné. Dans *Richardson (Estate Trustee of) c. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65, le défunt avait maintenu la désignation de sa première épouse comme bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Sa deuxième épouse, qui n'avait pas de droit contractuel d'être nommée bénéficiaire, croyait à tort qu'il avait effectué un changement de bénéficiaire en sa faveur, et elle a payé une partie des primes de la police d'abord à partir d'un compte de banque qu'elle partageait avec le défunt et, ensuite, à même son propre compte de banque. Elle a demandé l'imposition d'une fiducie par interprétation en sa faveur sur le produit de la police d'assurance, soutenant qu'aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement de la première épouse. Même en acceptant

Appeal upheld the motion judge's finding that a valid beneficiary designation under the *Insurance Act* amounted to a juristic reason that defeated the second wife's claim for the insurance money that was payable to the first wife. I would observe that the claimant in that case sought a constructive trust over the entire death benefit, and not merely the return of any payments made on the basis of her erroneous belief; the Court of Appeal did not decide whether she would be entitled to the return of those payments, and that question is not before us today.

[70] At issue in this case, however, is whether a designation made pursuant to ss. 190(1) and 191(1) of the *Insurance Act* provides any reason in law or justice for Risa to retain the disputed benefit notwithstanding Michelle's prior contractual right to remain named as beneficiary and therefore to receive the policy proceeds. In other words, does the statute preclude recovery for a plaintiff, like Michelle, who stands deprived of the benefit of the insurance policy in circumstances such as these? In my view, it does not. Nothing in the *Insurance Act* can be read as ousting the common law or equitable rights that persons other than the designated beneficiary may have in policy proceeds. As this Court explained in *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at p. 90, the "legislature is presumed not to depart from prevailing law 'without expressing its intentions to do so with irresistible clearness'" (see also *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298). In *KBA Canada Inc. v. 3S Printers Inc.*, 2014 BCCA 117, 59 B.C.L.R. (5th) 273, for example, the British Columbia Court of Appeal found that the *Personal Property Security Act*, R.S.B.C. 1996, c. 359, provided a "complete set of priority rules" that was "designed to replace convoluted common law, equitable and statutory rules that beset personal property security law with complexity and uncertainty" (paras. 27 and 21, citing *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3). In those circumstances, there was no "room for priorities to be determined on the basis of common law or

que la deuxième épouse ait pu subir un appauvrissement correspondant, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la conclusion du premier juge selon laquelle la désignation valide d'un bénéficiaire en vertu de la *Loi sur les assurances* constituait un motif juridique qui faisait obstacle au droit de la deuxième épouse d'obtenir les sommes assurées payables à la première épouse du défunt. Je tiens à faire remarquer que la demanderesse dans cette affaire réclamait une fiducie par interprétation sur toute la prestation de décès, et non seulement le remboursement de tout paiement effectué sur la base de sa croyance erronée; la Cour d'appel n'a pas décidé si elle aurait droit au remboursement de ces paiements, et nous ne sommes pas saisis de cette question aujourd'hui.

[70] Or, il s'agit en l'espèce de savoir si une désignation effectuée conformément aux par. 190(1) et 191(1) de la *Loi sur les assurances* fournit un motif en droit ou en justice permettant à Risa de conserver la prestation en litige malgré le droit contractuel antérieur de Michelle de demeurer la bénéficiaire désignée et, par conséquent, de recevoir le produit de la police d'assurance. Autrement dit, la loi empêche-t-elle le recouvrement dans le cas d'un demandeur qui, comme Michelle, est privé de l'avantage de la police d'assurance dans des circonstances comme celles de l'espèce? À mon sens, la réponse est négative. Rien dans la *Loi sur les assurances* ne peut être considéré comme excluant les droits que peuvent avoir, en common law ou en equity, d'autres personnes que le bénéficiaire désigné sur le produit de la police d'assurance. Comme l'a expliqué notre Cour dans *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, p. 90, le « législateur est présumé ne pas s'écarter du droit existant "sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire" » (voir aussi *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298). Dans *KBA Canada Inc. c. 3S Printers Inc.*, 2014 BCCA 117, 59 B.C.L.R. (5th) 273, par exemple, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que la *Personal Property Security Act*, R.S.B.C. 1996, c. 359, prévoyait un [TRADUCTION] « ensemble complet de règles déterminant l'ordre de priorité » « conçues pour remplacer les règles alambiquées issues de la common law, de l'equity et de la loi qui font régner la complexité et l'incertitude en droit des sûretés mobilières »

equitable principles” (para. 22). By contrast, while the *Insurance Act* provides the mechanism by which beneficiaries can be designated and therefore become statutorily entitled to receive policy proceeds, no part of the *Insurance Act* operates with the necessary “irresistible clearness” to preclude the existence of contractual or equitable rights in those insurance proceeds once they have been paid to the named beneficiary.

[71] The reasoning put forward by McKinlay J. (as she then was) of the Ontario High Court of Justice in *Shannon v. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456, is particularly instructive in this regard. Like Michelle, the plaintiff in *Shannon* was the former spouse of an insured person who had contractually agreed to maintain the plaintiff as the sole beneficiary of the life insurance policy in his name and “not to revoke such beneficiary designation at any time in the future” (p. 458). Shortly thereafter, and in breach of his contractual obligation, the insured person surreptitiously changed the beneficiary designation in favour of his niece and nephew. He passed away several years later, and when the plaintiff discovered the change in beneficiary designation, she commenced an action asserting her entitlement to the proceeds of her former spouse’s insurance policy. McKinlay J. found in her favour and made the following observations (at p. 461):

It would appear from s. 167(2) [i.e. the predecessor of s. 190(2) of the *Insurance Act*] that the insured may at any time before the filing of an irrevocable declaration alter or revoke an existing designation by way of a declaration.

The position of the defendant is that this is precisely what the insured did, and that any finding of the court of a trust in favour of the plaintiff would have the effect of the court’s attempting to overrule a clear statutory provision.

But the *Insurance Act* provides a statutory framework for the protection of the insured, the insurer and beneficiaries;

(par. 27 et 21, citant *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3). Dans ces circonstances, il n’était pas « possible d’établir les priorités en fonction des principes de la common law ou de l’equity » (par. 22). Inversement, bien que la *Loi sur les assurances* prévoit le mécanisme de désignation des bénéficiaires et que ces derniers aient par le fait même droit au versement du produit de la police d’assurance, aucune partie de cette loi ne s’applique avec la « clarté incontestable » voulue pour exclure l’existence de droits contractuels ou en equity à ce produit d’assurance une fois que celui-ci a été versé au bénéficiaire désigné.

[71] Le raisonnement formulé par la juge McKinlay (plus tard juge de la Cour d’appel de l’Ontario) de la Haute Cour de justice de l’Ontario dans *Shannon c. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456, est particulièrement instructif à cet égard. À l’instar de Michelle, la demanderesse dans *Shannon* était l’ancienne épouse d’un assuré qui avait accepté par contrat de la nommer à titre de seule bénéficiaire de la police d’assurance-vie en son nom, et [TRADUCTION] « de ne jamais révoquer cette désignation dans le futur » (p. 458). Peu de temps après, et en contravention de son obligation contractuelle, l’assuré a furtivement changé la désignation du bénéficiaire en faveur de sa nièce et de son neveu. Il est décédé plusieurs années plus tard, et lorsque la demanderesse a découvert le changement de désignation, elle a intenté une action dans laquelle elle invoquait son droit au produit de l’assurance-vie de son ancien époux. La juge McKinlay a conclu en sa faveur et a formulé les observations suivantes (p. 461) :

[TRADUCTION] Il semble ressortir du par. 167(2) [le prédécesseur du par. 190(2) de la *Loi sur les assurances*] que l’assuré peut en tout temps avant le dépôt d’une déclaration irrévocable modifier ou révoquer une désignation existante par voie de déclaration.

Les défendeurs sont d’avis que c’est précisément ce que l’assuré a fait, et que toute conclusion de la cour à l’égard d’une fiducie en faveur de la demanderesse donnerait à penser que la cour tente d’annuler une disposition législative claire.

Or, la *Loi sur les assurances* fournit un cadre législatif visant à protéger l’assuré, l’assureur et les bénéficiaires;

equity imposes duties of conscience on parties based on their relationship and dealings one with another outside the purview of the statute. When he concluded the separation agreement with his wife, the deceased bound himself to maintain the policy in good standing, which he did; he also bound himself to maintain it for the benefit of his wife, which he did not. [Emphasis added.]

[72] *Shannon* therefore supports the proposition that while the *Insurance Act* may provide for the beneficiary's entitlement to payment of the proceeds, it "does not specifically preclude the existence of rights outside its provisions" (p. 461). Similarly, in *Chanowski v. Bauer*, 2010 MCBA 96, 258 Man. R. (2d) 244, the Manitoba Court of Appeal recognized that courts have readily accepted that contractual rights to policy proceeds may operate to the detriment of named beneficiaries:

Generally, the courts have imposed remedial constructive trusts in factual circumstances where the deceased has breached an agreement regarding life insurance benefits. These have arisen most commonly in cases where the husband executed a separation agreement promising to retain his former wife as the beneficiary of his life insurance policy and, in contravention of that promise, before his death, the deceased changed the designation of his beneficiary to that of his present wife or another family member. [para. 39]

[73] Accepting that contractual rights to claim policy proceeds can exist outside of the *Insurance Act*, can an irrevocable designation under the *Insurance Act* nonetheless constitute a juristic reason for Michelle's deprivation? In my view, it cannot. This is because the applicable statutory provisions do not require, either expressly or implicitly, that a beneficiary keep the proceeds *as against a plaintiff, in an unjust enrichment claim, who stands deprived of his or her prior contractual entitlement to claim such proceeds upon the insured's death.* By not ousting prior contractual or equitable rights that third parties may have in such proceeds, the *Insurance Act* allows an irrevocable beneficiary to take insurance money that may be subject to prior rights and therefore does not give such a beneficiary any absolute entitlement

l'équité impose des obligations de conscience aux parties sur le fondement de leur relation et de leurs rapports les unes avec les autres qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi. Lorsqu'il a conclu l'entente de séparation avec sa femme, le défunt s'est engagé à maintenir la police en vigueur, ce qu'il a fait; il s'est également engagé à la maintenir en vigueur au bénéfice de sa femme, ce qu'il n'a pas fait. [Je souligne.]

[72] La décision *Shannon* étaye donc la proposition que, même si la *Loi sur les assurances* peut conférer au bénéficiaire le droit au versement du produit de l'assurance, elle [TRADUCTION] « n'écarte pas expressément l'existence de droits qui ne relèvent pas de ses dispositions » (p. 461). De même, dans *Chanowski c. Bauer*, 2010 MCBA 96, 258 Man. R. (2d) 244, la Cour d'appel du Manitoba a admis que les tribunaux reconnaissent volontiers que les droits contractuels au produit d'une police d'assurance peuvent s'exercer au détriment des bénéficiaires désignés :

[TRADUCTION] En général, les tribunaux imposent des fiducies par interprétation à titre de réparation dans des circonstances factuelles où le défunt n'a pas respecté une entente concernant les prestations d'assurance-vie. Cela se produit la plupart du temps dans des cas où le mari a signé un accord de séparation par lequel il promettait de garder son ex-femme comme bénéficiaire de sa police d'assurance-vie et il a rompu sa promesse avant sa mort en désignant comme bénéficiaire son épouse actuelle ou un autre membre de la famille. [par. 39]

[73] Si l'on tient pour acquis que des droits contractuels de réclamer le produit d'une police d'assurance peuvent exister hors de la *Loi sur les assurances*, une désignation irrévocable au sens de cette loi peut-elle constituer néanmoins un motif juridique justifiant l'appauvrissement de Michelle? À mon avis, la réponse est non. Il en est ainsi parce que les dispositions statutaires applicables n'exigent ni expressément ni implicitement qu'un bénéficiaire conserve le produit à l'encontre d'un demandeur ayant intenté une action pour enrichissement sans cause qui est privé de son droit contractuel antérieur de réclamer ce produit à la mort de l'assuré. En n'écartant pas les droits antérieurs qui pourraient avoir été accordés par contrat ou en equity à des tiers sur ce produit, la *Loi sur les assurances* permet au bénéficiaire irrévocable de recevoir

to that money (*Shannon*, at p. 461). Put simply, the statute required that the Insurance Company pay Risa, but it did not give Risa a right to keep the proceeds as against Michelle, whose contract with Lawrence specifically provided that she would pay all of the premiums exclusively for her own benefit. Neither by direct reference nor by necessary implication does the statute either (a) foreclose a third party who stands deprived of his or her contractual entitlement to claim insurance proceeds by successfully asserting an unjust enrichment claim against the designated beneficiary — whether revocable or irrevocable — or (b) preclude the imposition of a constructive trust in circumstances such as these (see *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.); see also *KBA Canada*).

[74] On this basis, the applicable *Insurance Act* provisions are distinguishable from other legislative enactments that have been found to preclude recovery, such as valid statutory provisions requiring the payment of taxes to the government (see *GST Reference*, at pp. 476-77; *Zaidan Group Ltd. v. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.), at p. 69, aff'd [1991] 3 S.C.R. 593). In that context, the plaintiff's unjust enrichment claim must fail because the legislation permits the defendant to be enriched even when the plaintiff suffers a corresponding deprivation. The same cannot be said about the statutory framework at issue in this case, however; there is nothing in the *Insurance Act* that justifies the fact that Michelle, who is contractually entitled to claim the policy proceeds, is nevertheless deprived of this entitlement for Risa's benefit.

[75] Moreover, in my view, the fact that *Shannon* was decided prior to *Soulos* and *Garland* is of no moment (Court of Appeal decision, at paras. 84 and 89). While those cases add to our understanding of the law on constructive trusts and unjust enrichment, they do not in any way undermine the holding in *Shannon* with respect to the effect of the *Insurance Act* in circumstances such as these.

les sommes assurées qui peuvent être visées par des droits antérieurs, mais elle ne confère donc pas à ce bénéficiaire un droit absolu à ces sommes (*Shannon*, p. 461). En clair, la loi obligeait la compagnie d'assurance à payer Risa, mais elle ne conférait pas à cette dernière le droit de conserver le produit à l'encontre de Michelle, dont le contrat avec Lawrence prévoit en termes exprès qu'elle paierait toutes les primes pour son seul bénéfice. Que ce soit par mention directe ou par déduction nécessaire, la loi a) n'empêche pas le tiers privé de son droit contractuel de réclamer le produit de l'assurance en faisant valoir avec succès une allégation d'enrichissement sans cause contre le bénéficiaire désigné — à titre révocable ou irrévocable — ni b) n'interdit d'imposer une fiducie par interprétation dans des circonstances comme celles de l'espèce (voir *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.); voir aussi *KBA Canada*).

[74] C'est pourquoi les dispositions applicables de la *Loi sur les assurances* se distinguent d'autres textes de loi qui, selon les tribunaux, empêchent le recouvrement, comme les dispositions statutaires valides exigeant le paiement de taxes au gouvernement (voir *Renvoi sur la TPS*, p. 476-477; *Zaidan Group Ltd. c. London (City)* (1990), 71 O.R. (2d) 65 (C.A.), p. 69, conf. par [1991] 3 R.C.S. 593). Dans ce contexte, l'action pour enrichissement sans cause du demandeur doit échouer parce que la loi permet au défendeur de s'enrichir même si le demandeur subit un appauvrissement correspondant. On ne peut toutefois en dire autant du cadre législatif en cause dans la présente affaire; rien dans la *Loi sur les assurances* ne justifie le fait que Michelle, qui a le droit contractuel de réclamer le produit de la police d'assurance, soit néanmoins privée de ce droit au profit de Risa.

[75] Qui plus est, le fait que la décision *Shannon* a été rendue avant les arrêts *Soulos* et *Garland* m'apparaît sans importance (décision de la Cour d'appel, par. 84 et 89). Bien que ces arrêts nous aident à comprendre le droit en matière de fiducie par interprétation et d'enrichissement sans cause, ils ne minent d'aucune manière la conclusion tirée dans *Shannon* concernant l'effet de la *Loi sur les assurances* dans des circonstances comme celles de la présente affaire.

[76] The majority below came to the opposite conclusion on this issue. Having considered the legislative regime governing beneficiary designations in Ontario, Blair J.A. held that the *Insurance Act* framework “lean[s] heavily in favour of payment of the proceeds of life insurance policies to those named as irrevocable beneficiaries, whereas it continues to recognize the right of an insured, at any time prior to such a designation, to alter or revoke a beneficiary who does not fall into that category” (para. 83). On this basis, he concluded that the legislative regime under which Risa had been designated as the irrevocable beneficiary of Lawrence’s life insurance policy supplied a juristic reason for her receipt of the proceeds, since it constituted both a disposition of law and a statutory obligation (para. 99).

[77] With respect, I disagree with two aspects of Blair J.A.’s reasons. First, he framed the issue as being whether the applicable *Insurance Act* provisions, pursuant to which Risa had been designated as irrevocable beneficiary, provided a juristic reason for her receipt of the insurance proceeds (paras. 26(iii) and 83). This, in my view, is the wrong perspective from which to approach this third stage of the unjust enrichment analysis. As stated above, the authorities indicate that the court’s inquiry should focus not only on why the defendant received the benefit, but also on whether the statute gives the defendant the right to retain the benefit against a correspondingly deprived plaintiff — in this case, whether the *Insurance Act* extinguishes an unjust enrichment claim brought by a plaintiff at whose expense the named beneficiary was enriched (*GST Reference*, at p. 477; *Kerr*, at para. 31). And given the view expressed earlier in these reasons, it seems to me that the *Insurance Act* does not.

[78] Second, Blair J.A. placed a significant degree of emphasis on the distinction between revocable and irrevocable beneficiaries, and on the certainty and predictability associated with the statutory regime

[76] Les juges majoritaires de la Cour d’appel sont parvenus à la conclusion contraire sur cette question. Ayant examiné le régime législatif régissant les désignations de bénéficiaire en Ontario, le juge Blair a conclu que le cadre de la *Loi sur les assurances* [TRADUCTION] « penche fortement en faveur du versement du produit de polices d’assurance-vie aux personnes désignées bénéficiaires irrévocables, alors qu’il continue également à reconnaître le droit de l’assuré, en tout temps avant une telle désignation, de modifier ou de révoquer la désignation du bénéficiaire qui n’appartient pas à cette catégorie » (par. 83). Il a conclu sur ce fondement que le régime législatif en vertu duquel Risa a été désignée bénéficiaire irrévocable de la police d’assurance-vie de Lawrence fournissait un motif juridique lui permettant de recevoir le produit, car il constituait à la fois une disposition légale et une obligation statutaire (par. 99).

[77] Avec égards, je ne souscris pas à deux aspects des motifs du juge Blair. Premièrement, il a estimé que la question en litige était celle de savoir si les dispositions applicables de la *Loi sur les assurances*, en vertu desquelles Risa avait été désignée bénéficiaire irrévocable, constituaient un motif juridique permettant à Risa de recevoir le produit de l’assurance (par. 26(iii) et 83). À mon avis, ce n’est pas la bonne façon d’aborder la troisième étape de l’analyse de l’enrichissement sans cause. Comme je l’ai déjà dit, les sources indiquent que le tribunal devrait concentrer son examen non seulement sur la raison pour laquelle le défendeur a reçu l’avantage, mais également sur la question de savoir si la loi donne au défendeur le droit de conserver cet avantage à l’encontre du demandeur privé en conséquence. En l’espèce, la *Loi sur les assurances* éteint-elle la demande fondée sur l’enrichissement sans cause présentée par le demandeur au détriment duquel le bénéficiaire désigné s’est enrichi (*Renvoi sur la TPS*, p. 477; *Kerr*, par. 31)? Compte tenu du point de vue exprimé plus tôt dans les présents motifs, je suis d’avis que la *Loi sur les assurances* ne le fait pas.

[78] Deuxièmement, le juge Blair a accordé beaucoup d’importance à la distinction entre les bénéficiaires révocables et les bénéficiaires irrévocables, ainsi qu’à la certitude et à la prévisibilité associées

governing irrevocable designations. While it is clear that an irrevocably designated beneficiary has a “statutory right to remain as the named beneficiary” and is therefore “entitled to receive the insurance monies unless he or she consents to being removed” (para. 82), I am still not persuaded that s. 191 of the *Insurance Act* can be interpreted as barring the possibility of restitution to a third party who establishes that this irrevocable beneficiary cannot, in good conscience, retain those monies in the face of that third party’s unjust enrichment claim. To borrow the words of Professors Maddaugh and McCamus, “the fact that the insurer is directed by statute, implicitly if not directly, to pay the insurance monies to the irrevocable beneficiary, does not preclude recovery by the other intended beneficiary where retention of the monies by the irrevocable beneficiary would constitute an unjust enrichment” (*The Law of Restitution*, at p. 35-16). Therefore, the fact that Risa was designated pursuant to s. 191(1) of the *Insurance Act*, as opposed to s. 190(1), does not assist her against Michelle in the circumstances of this case.

[79] I would also observe that the majority below declined to “go so far as to say that the designation of a beneficiary as an irrevocable beneficiary under the *Insurance Act* invariably trumps a prior claimant” (para. 91), but nevertheless found that it did in this case. It is with this latter statement that I would disagree; as outlined above, my view is that the statutory scheme does not prevent a claimant with a prior contractual entitlement from succeeding in unjust enrichment against the designated beneficiary.

[80] My colleagues take the position that the *Insurance Act* provides a juristic reason for Risa’s enrichment because it specifically provides that the proceeds, once paid to the irrevocable beneficiary, are immune from attack by the insured’s creditors. They say that because “Michelle’s rights are

au régime statutaire régissant les désignations à titre irrévocable. Bien qu’il ne fasse aucun doute qu’un bénéficiaire désigné à titre irrévocable a un [TRADUCTION] « droit prévu par la loi de demeurer le bénéficiaire désigné », et a donc « droit aux sommes assurées à moins de consentir à la révocation de sa désignation » (par. 82), je ne suis toujours pas convaincue que l’art. 191 de la *Loi sur les assurances* puisse être interprété comme interdisant la restitution à un tiers qui établit que ce bénéficiaire irrévocable ne peut, en toute conscience, conserver ces sommes malgré l’action pour enrichissement sans cause de ce tiers. Pour reprendre les termes des professeurs Maddaugh et McCamus, [TRADUCTION] « le fait que l’assureur est obligé en vertu de la loi, implicitement, si ce n’est directement, de verser les sommes assurées au bénéficiaire irrévocable n’empêche pas le recouvrement par le premier bénéficiaire lorsque la conservation des sommes par le bénéficiaire irrévocable constituerait un enrichissement sans cause » (*The Law of Restitution*, p. 35-16). Par conséquent, le fait que Risa a été désignée conformément au par. 191(1) de la *Loi sur les assurances*, par opposition au par. 190(1), ne lui est d’aucun secours contre Michelle dans les circonstances de la présente affaire.

[79] Je ferais également remarquer que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont refusé d’[TRADUCTION] « aller jusqu’à dire que la désignation d’un bénéficiaire à titre irrévocable en vertu de la *Loi sur les assurances* l’emporte toujours contre un demandeur antérieur » (par. 91), mais ils ont néanmoins conclu que cette loi l’emportait sur le demandeur antérieur en l’espèce. C’est avec cette dernière affirmation que je suis en désaccord; comme je l’ai dit précédemment, je suis d’avis que le régime statutaire n’empêche pas le demandeur ayant un droit contractuel antérieur d’avoir gain de cause dans une action pour enrichissement sans cause contre le bénéficiaire désigné.

[80] Mes collègues sont d’avis que la *Loi sur les assurances* fournit un motif juridique pour l’enrichissement de Risa, parce qu’elle prévoit précisément que, dès qu’il est versé au bénéficiaire irrévocable, le produit est à l’abri des réclamations des créanciers de l’assuré. Ils soutiennent que, puisque « les droits

contractual in nature, she is a creditor of Lawrence’s estate and thus, by the provisions of the *Insurance Act*, has no claim to the proceeds” (para. 122). While there is no dispute that Michelle may have a claim against Lawrence’s estate, my view is that she is *also* a person at whose expense Risa has been enriched — and therefore a plaintiff with standing to claim against Risa in unjust enrichment. And while the *Insurance Act* specifically precludes claims by creditors suing on the basis of some obligation owed by the insured’s estate, it does not state “with irresistible clearness” that a claim *in unjust enrichment* — i.e. a claim based on a different cause of action — brought by a plaintiff who also has a contractual entitlement to claim the insurance proceeds must necessarily fail as against the named beneficiary.

[81] For all of the foregoing reasons, I would echo the conclusion arrived at by Lauwers J.A., dissenting in the court below, that “[Michelle’s] entitlement to the insurance proceeds as against [Risa] is neither precluded nor affected by the operation of the *Insurance Act*”, with the result that this case “falls outside the category of disposition of law as a juristic reason to permit [Risa] to retain the life insurance proceeds” (para. 229).

[82] Since there is no suggestion that any other established category of juristic reason would apply in these circumstances, my conclusion at this first stage is that Michelle has made out a *prima facie* case.

(b) *Second Stage — Policy Reasons Militate in Favour of Michelle*

[83] The second stage of the juristic reason analysis affords the defendant an opportunity to rebut the plaintiff’s *prima facie* case by establishing that there is some residual reason to deny recovery. At this stage, various other considerations come into play, like the parties’ reasonable expectations and moral and policy-based arguments — including considerations relating to the way in which the parties organized their relationship (*Garland*, at paras. 45-46; *Pacific National Investments*, at para. 25; *Kerr*, at paras. 44-45).

de Michelle sont de nature contractuelle, cela fait d’elle une créancière de la succession de Lawrence et elle n’a donc pas droit au produit suivant la *Loi sur les assurances* » (par. 122). Bien qu’il ne soit pas contesté que Michelle a peut-être un droit d’action contre la succession de Lawrence, à mon avis elle est *aussi* une personne au détriment de laquelle Risa s’est enrichie — et elle a donc la qualité requise pour intenter une action pour enrichissement sans cause contre Risa. Par ailleurs, bien que la *Loi sur les assurances* empêche expressément les créanciers d’intenter des poursuites sur le fondement d’une obligation de la succession de l’assuré, elle ne dispose pas « de façon incontestablement claire » qu’une action *pour enrichissement sans cause* — c.-à-d. fondée sur une autre cause d’action — intentée contre le bénéficiaire désigné par un demandeur qui a également le droit contractuel de réclamer le produit de l’assurance doit nécessairement échouer.

[81] Pour tous les motifs qui précèdent, je fais mienne la conclusion à laquelle est parvenu le juge Lauwers, dissident en Cour d’appel : [TRADUCTION] « [L]’application de la *Loi sur les assurances* ne fait aucunement obstacle au droit de [Michelle] au produit de l’assurance réclamé par [Risa], ni n’influe sur ce droit », de sorte qu’en l’espèce, la loi « ne constitue pas une disposition légale permettant à [Risa] de conserver le produit de l’assurance-vie » (par. 229).

[82] Personne n’ayant laissé entendre qu’une autre catégorie établie de motif juridique s’appliquerait dans les circonstances, je conclus à ce premier stade que Michelle a établi une preuve *prima facie*.

b) *Deuxième étape — Les considérations d’intérêt public militent en faveur de Michelle*

[83] La deuxième étape de l’analyse du motif juridique donne au défendeur l’occasion de réfuter la preuve *prima facie* du demandeur en établissant qu’il existe un motif résiduel de refuser le recouvrement. À ce stade, divers autres facteurs entrent en jeu, comme les attentes raisonnables des parties et les arguments de morale et d’intérêt public — y compris les facteurs relatifs à la façon dont les parties structurent leur relation (*Garland*, par. 45-46; *Pacific National Investments*, par. 25; *Kerr*, par. 44-45).

[84] It is clear that both parties expected to receive the proceeds of the life insurance policy. Pursuant to the Oral Agreement, Michelle had a contractual right to remain designated as beneficiary so long as she continued to pay the premiums and kept the policy alive for the duration of Lawrence’s life. Although she could have better safeguarded her interests by requiring Lawrence to designate her irrevocably, her expectation with respect to the insurance money — rooted in the Oral Agreement — is clearly reasonable and legitimate.

[85] Risa, by contrast, expected to receive the insurance money upon Lawrence’s death by virtue of the fact that she had been validly designated as irrevocable beneficiary. Because Risa was designated after Lawrence and Michelle entered into the Oral Agreement, however, I am of the view that her expectation cannot take precedence over Michelle’s *prior contractual right* to remain named as beneficiary, regardless of whether Risa knew that this was actually the case. To echo the findings of the application judge:

While there is no evidence that [Risa] knew that [Michelle] was paying the premiums on the Policy, she was aware that [Lawrence] was not in a position to do so. She says that she believed that [Lawrence’s] brother was paying the premiums, but there is nothing in the record regarding the brother’s motivation or intentions that would make [Risa’s] belief in such action reasonable. [para. 49]

[86] Moreover, I am not persuaded that the oral nature of the agreement between Michelle and Lawrence undermines Michelle’s expectation or serves as a public policy reason that favours Risa’s retention of the proceeds. The legal force of unwritten agreements has long been recognized by common law courts. And while “kitchen table agreements” may in some cases result in situations where parties neither understand nor intend the legal significance of their agreement, this is not such a case; the parties do not dispute the finding that Michelle and Lawrence did in fact have an Oral Agreement that the former would pay the premiums on the policy and, in exchange, would be entitled to the proceeds of the policy upon the latter’s death (Superior Court decision, at para. 17; Court of Appeal decision, at para. 22). Indeed, the existence of

[84] Il est clair que les deux parties s’attendaient à toucher le produit de la police d’assurance-vie. D’après l’entente verbale, Michelle avait un droit contractuel de demeurer désignée comme bénéficiaire tant qu’elle continuait de payer les primes et maintenait la police en vigueur durant la vie de Lawrence. Certes, elle aurait pu mieux protéger ses intérêts en obligeant Lawrence à la désigner à titre irrévocable, mais ses attentes à l’égard des sommes assurées — découlant de l’entente verbale — sont manifestement raisonnables et légitimes.

[85] Risa, en revanche, s’attendait à recevoir les sommes assurées au décès de Lawrence du fait qu’elle avait été validement désignée comme bénéficiaire irrévocable. Or, comme elle a été désignée après que Lawrence et Michelle eurent conclu l’entente verbale, je suis d’avis que l’attente de Risa ne peut l’emporter sur le *droit contractuel antérieur* de Michelle de demeurer la bénéficiaire désignée, peu importe si Risa savait que Michelle l’était en fait. Pour reprendre les conclusions du juge de première instance :

[TRADUCTION] Même si rien n’indique que [Risa] savait que [Michelle] payait les primes de la police, elle savait que [Lawrence] n’était pas en mesure de le faire. Elle affirme qu’elle croyait que le frère [de Lawrence] payait les primes, mais il n’y a rien au dossier concernant la motivation ou l’intention du frère qui rendrait raisonnable cette croyance de [Risa]. [par. 49]

[86] De plus, je ne suis pas convaincue que la nature orale de l’entente entre Michelle et Lawrence mine les attentes de Michelle, ou sert de considérations d’intérêt public favorisant la conservation du produit par Risa. La force juridique des ententes non écrites est reconnue depuis longtemps par les tribunaux de common law. Et bien que les ententes privées puissent dans certains cas donner lieu à des situations où les parties ne comprennent pas la signification juridique de leur entente ou ne voulaient pas lui donner une telle signification, ce n’est pas le cas en l’espèce; les parties ne contestent pas la conclusion selon laquelle Michelle et Lawrence ont bel et bien conclu une entente verbale, aux termes de laquelle la première paierait les primes de la police et, en échange, aurait droit au produit de la police

the Oral Agreement is quite clearly corroborated by Michelle's payment of the premiums following her separation from Lawrence.

[87] As a final point, it appears to me that the residual considerations that arise at this stage of the *Garland* analysis favour Michelle, given that her contribution towards the payment of the premiums actually kept the insurance policy alive and made Risa's entitlement to receive the proceeds upon Lawrence's death possible. Furthermore, it would be bad policy to ignore the fact that Michelle was effectively tricked by Lawrence into paying the premiums of a policy for the benefit of some other person of his choosing.

[88] For the foregoing reasons, I would conclude that Risa has not met the burden of rebutting Michelle's *prima facie* case. It follows, therefore, that Michelle has made out each of the requisite elements of the cause of action in unjust enrichment.

B. *Appropriate Remedy: Imposition of a Constructive Trust*

[89] The remedy for unjust enrichment is restitutionary in nature and can take one of two forms: personal or proprietary. A personal remedy is essentially a debt or a monetary obligation — i.e. an order to pay damages — that may be enforced by the plaintiff against the defendant (*Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, at p. 47). In most cases, this remedy will be sufficient to achieve restitution, and it can therefore be viewed as the “default” remedy for unjust enrichment (*Lac Minerals*, at p. 678; *Kerr*, at para. 46).

[90] In certain cases, however, a plaintiff may be awarded a remedy of a proprietary nature — that is, an entitlement “to enforce rights against a particular piece of property” (McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, at p. 1295). The most pervasive and important proprietary remedy for unjust enrichment is the constructive trust — a

au décès du dernier (décision de la Cour supérieure, par. 17; décision de la Cour d'appel, par. 22). En fait, l'existence de l'entente verbale est clairement corroborée par le fait que Michelle a payé les primes à la suite de sa séparation d'avec Lawrence.

[87] En dernier lieu, il me semble que les facteurs résiduels soulevés à cette étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Garland* militent en faveur de Michelle, puisque sa contribution au paiement des primes a effectivement permis de maintenir la police d'assurance en vigueur et rendu possible le droit de Risa de recevoir le produit au décès de Lawrence. Qui plus est, il serait déplorable de négliger le fait que Lawrence a amené Michelle par la ruse à payer les primes de la police au bénéfice d'une autre personne de son choix.

[88] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de conclure que Risa ne s'est pas acquittée du fardeau de réfuter la preuve *prima facie* de Michelle. Par conséquent, Michelle a établi chacun des éléments requis de l'action pour enrichissement sans cause.

B. *La réparation appropriée : l'imposition d'une fiducie par interprétation*

[89] Pour remédier à l'enrichissement sans cause, le tribunal accorde une restitution qui peut prendre deux formes : une réparation personnelle ou une réparation fondée sur le droit de propriété. La réparation personnelle est essentiellement une dette ou une obligation pécuniaire — p. ex. des dommages-intérêts — dont l'exécution peut être réclamée par le demandeur contre le défendeur (*Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38, p. 47). Dans la plupart des cas, cette réparation sera suffisante pour parvenir à la restitution, et elle peut donc être considérée comme la réparation « par défaut » pour remédier à l'enrichissement sans cause (*Lac Minerals*, p. 678; *Kerr*, par. 46).

[90] Dans certains cas, toutefois, le tribunal peut accorder au demandeur une réparation fondée sur le droit de propriété, c'est-à-dire la possibilité [TRANSDUCTION] « de faire respecter ses droits à l'égard d'un bien en particulier » (McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, p. 1295). La réparation fondée sur le droit de propriété la plus

remedy which, according to Dickson J. (as he then was),

is imposed without reference to intention to create a trust, and its purpose is to remedy a result otherwise unjust. It is a broad and flexible equitable tool which permits courts to gauge all the circumstances of the case, including the respective contributions of the parties, and to determine beneficial entitlement.

(*Pettkus*, at pp. 843-44)

[91] While the constructive trust is a powerful remedial tool, it is not available in *all* circumstances where a plaintiff establishes his or her claim in unjust enrichment. Rather, courts will impress the disputed property with a constructive trust only if the plaintiff can establish two things: first, that a personal remedy would be inadequate; and second, that the plaintiff's contribution that founds the action is linked or causally connected to the property over which a constructive trust is claimed (*PIPSC*, at para. 149; *Kerr*, at paras. 50-51; *Peter*, at p. 988). And even where the court finds that a constructive trust would be an appropriate remedy, it will be imposed only to the extent of the plaintiff's proportionate contribution (direct or indirect) to the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the property (*Kerr*, at para. 51; *Peter*, at pp. 997-98).

[92] The application judge concluded that Michelle had established an entitlement to the entirety of the proceeds of the life insurance policy on the basis of unjust enrichment, and he accordingly ordered that Risa held those proceeds on constructive trust for Michelle (para. 52). He specifically found that Michelle had demonstrated a "clear 'link or causal connection' between her contributions and the proceeds of the Policy that continued for the entire duration of the Policy" (para. 50).

[93] While my analysis of Michelle's right to recover for unjust enrichment differs from that of

répandue et la plus importante pour remédier à l'enrichissement sans cause est la fiducie par interprétation — une réparation qui, selon le juge Dickson (plus tard juge en chef),

est imposé[e] indépendamment de l'intention de créer une fiducie, et son but est de remédier à un résultat autrement injuste. C'est un outil général, souple et juste qui permet aux tribunaux d'apprécier toutes les circonstances de l'es-pèce, y compris les contributions respectives des parties, et de déterminer le droit de propriété véritable.

(*Pettkus*, p. 843-844)

[91] Bien que la fiducie par interprétation soit un puissant outil de réparation, on ne peut l'accorder dans *toutes* les circonstances où le demandeur établit le bien-fondé de son allégation d'enrichissement sans cause. En fait, les tribunaux n'assujettiront le bien contesté à une fiducie par interprétation que si le demandeur peut établir deux choses : premièrement, qu'une réparation personnelle serait insuffisante; et deuxièmement, que la contribution du demandeur à la base de l'action a un lien ou un rapport de causalité avec le bien qui serait grevé d'une fiducie par interprétation (*IPFPC*, par. 149; *Kerr*, par. 50-51; *Peter*, p. 988). Et même lorsque le tribunal estime qu'une fiducie par interprétation serait une réparation convenable, elle ne sera imposée que dans la mesure de la contribution proportionnelle du demandeur (directe ou indirecte) à l'acquisition, la conservation, l'entretien ou l'amélioration du bien (*Kerr*, par. 51; *Peter*, p. 997-998).

[92] Le juge de première instance a conclu que Michelle avait établi avoir droit à l'intégralité du produit de la police d'assurance-vie sur le fondement de l'enrichissement sans cause, et, par conséquent, il a ordonné à Risa de détenir ce produit en fiducie par interprétation pour le compte de Michelle (par. 52). Il a précisément conclu que Michelle avait démontré [TRADUCTION] « un "lien ou un rapport de causalité" clair entre ses contributions, qui ont continué pendant toute la durée de la police, et le produit de la police » (par. 50).

[93] Même si mon analyse du droit de Michelle au recouvrement pour remédier à l'enrichissement sans

the application judge, I see no reason to disturb his conclusion regarding the propriety of a remedial constructive trust in these circumstances. Ordinarily, a monetary award would be adequate in cases where the property at stake is money. In the present case, however, the disputed insurance money has been paid into court and is readily available to be impressed with a constructive trust. Furthermore, ordering that the money be paid out of court to Risa, and then requiring Michelle to enforce the judgment against Risa personally, would unnecessarily complicate the process through which Michelle can obtain the relief to which she is entitled. It would also create a risk that the money might be spent or accessed by other creditors in the interim.

[94] Moreover, the application judge found that Michelle’s payment of the premiums was causally connected to the maintenance of the policy under which Risa was enriched. Because each of Michelle’s payments kept the policy alive, and given that Risa’s right as designated beneficiary necessarily deprived Michelle of her contractual entitlement to receive the entirety of the insurance proceeds, I would impose a constructive trust to the full extent of those proceeds in Michelle’s favour.

[95] This disposition of the appeal renders it unnecessary to determine whether this Court’s decision in *Soulos* should be interpreted as precluding the availability of a remedial constructive trust beyond cases involving unjust enrichment or wrongful acts like breach of fiduciary duty. Similarly, the extent to which this Court’s decision in *Soulos* may have incorporated the “traditional English institutional trusts” into the remedial constructive trust framework is beyond the scope of this appeal. While recognizing that these remain open questions, I am of the view that they are best left for another day.

VI. Conclusion

[96] I would therefore allow the appeal without costs and order that the proceeds of the policy, with accrued interest, be impressed with a constructive

cause diffère de celle du juge de première instance, je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion concernant l’*à-propos* d’imposer une fiducie par interprétation dans les circonstances. Habituellement, l’octroi d’une réparation pécuniaire conviendrait dans les cas où le bien en jeu est de l’argent. Or, en l’espèce, le produit d’assurance en litige a été déposé au greffe du tribunal et il est facile de lui imposer une fiducie par interprétation. En outre, si l’on ordonne que l’argent consigné au tribunal soit versé à Risa, puis que Michelle fasse exécuter le jugement à l’encontre de Risa en personne, cela compliquerait inutilement le processus permettant à Michelle d’obtenir la réparation à laquelle elle a droit. Cela ferait naître aussi le risque que l’argent soit dépensé ou pris entre-temps par d’autres créanciers.

[94] De plus, le juge de première instance a conclu que le paiement des primes par Michelle avait un lien de causalité avec le maintien en vigueur de la police en vertu de laquelle Risa s’est enrichie. Puisque chacun de ces versements a permis de maintenir la police en vigueur et que le droit de Risa en tant que bénéficiaire désignée a forcément privé Michelle de son droit contractuel de toucher l’intégralité du produit de l’assurance, je suis d’avis d’imposer une fiducie par interprétation à hauteur du produit en faveur de Michelle.

[95] Le pourvoi étant ainsi tranché, point n’est besoin de décider si l’arrêt *Soulos* de notre Cour devrait être interprété comme interdisant le recours à la fiducie par interprétation, outre les cas d’enrichissement sans cause et de conduites fautives, comme le manquement à une obligation fiduciaire. De même, la mesure dans laquelle notre Cour aurait incorporé, dans *Soulos*, les « fiducies institutionnelles anglaises traditionnelles » au cadre d’analyse des fiducies par interprétation imposées en guise de réparation dépasse la portée du présent pourvoi. Ces questions demeurent certes en suspens, mais j’estime qu’il vaudra mieux les étudier à une autre occasion.

VI. Conclusion

[96] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi sans frais et d’ordonner l’imposition d’une fiducie par interprétation en faveur de Michelle sur

trust in favour of Michelle and accordingly be paid out of court for her benefit.

The following are the reasons delivered by

GASCON AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[97] This appeal is, without question, a difficult one. Michelle and Risa are both innocent victims of Lawrence’s breach of contract and they equally invite substantial sympathy. Michelle paid approximately \$7,000 to keep alive an insurance policy on the promise she would receive the proceeds if Lawrence died within its term. Risa cared for and supported Lawrence for 13 years and expected, as irrevocable beneficiary, that she would receive support should he die. With Lawrence’s broken promise now discovered, Michelle claims a constructive trust over the proceeds on the basis of unjust enrichment or “good conscience”, while Risa insists her irrevocable beneficiary designation is unassailable.

[98] It is an unfortunate reality that a person’s death is sometimes accompanied by uncertainty and conflict over the wealth that has been left behind. The resulting litigation can tie up funds that the deceased intended to support loved ones for a significant period of time, adding financial hardship to personal tragedy. In an attempt to ensure that life insurance proceeds could be free from such strife, the Ontario legislator empowered life insurance policy holders to designate an “irrevocable beneficiary” (*Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 191(1)). Such a designation ensures that the policy proceeds could be disbursed free from claims against the estate, giving certainty to insured, insurer, and beneficiary alike. This provision should be given full effect.

le produit de la police d’assurance, ainsi que les intérêts accumulés, et, par conséquent, le retrait de ces sommes du greffe du tribunal et leur versement au bénéfice de Michelle.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES GASCON ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[97] Le présent pourvoi est sans aucun doute difficile à trancher. Michelle et Risa sont deux victimes innocentes de la rupture de contrat de Lawrence et elles méritent beaucoup de sympathie. Michelle a versé environ 7 000 \$ pour garder en vigueur une police d’assurance moyennant la promesse qu’elle toucherait le produit si Lawrence mourait pendant la durée de la police. Risa s’est occupée de Lawrence et l’a soutenu durant 13 ans et elle s’attendait, en tant que bénéficiaire irrévocable, à toucher ce produit s’il mourait. La promesse trahie de Lawrence ayant été mise au jour, Michelle réclame l’imposition d’une fiducie par interprétation sur le produit en invoquant l’enrichissement sans cause ou la « bonne conscience », alors que Risa insiste pour dire que sa désignation en tant que bénéficiaire irrévocable est inattaquable.

[98] Malheureusement, le décès d’une personne s’accompagne parfois d’incertitude et de conflit au sujet du patrimoine laissé par le défunt. Le litige qui en découle peut entraîner pendant longtemps le blocage de fonds que le défunt comptait utiliser pour soutenir les êtres qui lui sont chers, ce qui ajoute des difficultés financières à la tragédie. Afin de soustraire le produit d’une police d’assurance-vie à pareille querelle, le législateur ontarien a habilité les titulaires d’une police d’assurance-vie à désigner un « bénéficiaire à titre irrévocable » (*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8, par. 191(1)). Une telle désignation assure que le versement du produit de la police puisse être effectué à l’abri des réclamations visant la succession, ce qui confère une certitude tant à l’assuré qu’à l’assureur et au bénéficiaire. Il y a lieu de donner pleinement effet à cette disposition.

[99] There is no basis to impose a constructive trust in the circumstances of this case. We agree with Blair J.A. of the Ontario Court of Appeal that Michelle has not established that a “good conscience” constructive trust should be imposed (2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721). We rely on his reasons to dispose of this ground of appeal. We also agree that Michelle has failed to establish a claim in unjust enrichment. On this issue, we respectfully part ways with the majority of this Court on whether unjust enrichment can be made out on these facts. Michelle has only asserted contractual rights to the proceeds and has not established a proprietary or equitable interest in the proceeds themselves. In our view, there is no correlative deprivation between Michelle’s failed contractual expectations and Risa’s enrichment. In addition, the *Insurance Act* provides clear juristic reason for any enrichment Risa could have received through Michelle’s loss as a creditor of Lawrence’s insolvent estate. Opening up irrevocable beneficiary designations to challenges by an insured’s creditors risks a recipe for litigation — a situation the legislator clearly intended to avoid. As such, for the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

II. Analysis

A. *Characterizing Michelle’s Claim*

[100] The majority of the Ontario Court of Appeal was correct in characterizing Michelle’s claim as being that she had a contract with Lawrence for the policy proceeds and that she was using this contract to be entitled to restitution of the funds on the principle of unjust enrichment. According to Michelle’s affidavit, the contract was to ensure that she would be “entitled to receive the Policy benefits” in exchange for paying the premiums (A.R., at p. 138). However, it is difficult to see how the contract she has put into evidence creates a proprietary right in the proceeds. Simply being named as a beneficiary

[99] Il n’y a aucune raison d’imposer une fiducie par interprétation dans les circonstances de la présente affaire. Nous convenons avec le juge Blair, de la Cour d’appel de l’Ontario, que Michelle n’a pas établi la nécessité d’imposer une fiducie par interprétation fondée sur la « bonne conscience » (2017 ONCA 182, 134 O.R. (3d) 721). Nous nous appuyons sur ses motifs pour trancher ce moyen d’appel. Nous convenons en outre que Michelle n’a pas établi le bien-fondé d’une action pour enrichissement sans cause. À cet égard, nous nous dissociions des juges majoritaires de la Cour sur la question de savoir s’il est possible de démontrer l’enrichissement sans cause au vu des faits de l’espèce. Michelle n’a fait que revendiquer des droits contractuels au produit et n’a pas prouvé qu’elle détenait un intérêt propriétaire ou en equity dans le produit lui-même. À notre avis, il n’y a aucun appauvrissement corrélatif entre les attentes contractuelles non réalisées de Michelle et l’enrichissement de Risa. En outre, la *Loi sur les assurances* fournit un motif juridique clair à l’appui de tout enrichissement dont aurait bénéficié Risa par le biais de la perte subie par Michelle en tant que créancière de la succession insolvable de Lawrence. Exposer les désignations irrévocables de bénéficiaires aux contestations des créanciers de l’assuré risque de constituer une recette parfaite pour entraîner des litiges, une situation que le législateur souhaitait manifestement éviter. Ainsi, pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Analyse

A. *Le droit d’action de Michelle*

[100] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont eu raison de dire, en parlant du droit d’action de Michelle, qu’elle avait conclu un contrat avec Lawrence afin d’obtenir le produit de la police et qu’elle se servait de ce contrat pour avoir droit à la restitution des fonds sur la base du principe de l’enrichissement sans cause. D’après l’affidavit de Michelle, le contrat visait à faire en sorte qu’elle ait le [TRADUCTION] « droit de toucher le produit de la police » en échange du paiement des primes (d.a., p. 138). Il est cependant difficile de voir en quoi le contrat qu’elle a déposé en preuve donne

does not give one a right in the proceeds before the death of the insured. The right to claim the proceeds only crystalizes upon the insured's death. Further, as a revocable beneficiary, Michelle had no right to contest the redesignation outside of a claim against Lawrence for breach of contract. Thus, at the time of Lawrence's death, the only rights that Michelle possessed in relation to the life insurance contract were her contractual rights.

[101] On different pleadings and a more developed record, Michelle may have been able to establish that the contract gave her a proprietary interest in the proceeds through an equitable assignment of Lawrence's chose in action. The Ontario Court of Appeal correctly found that this avenue was never properly put to the application judge, and Michelle has not otherwise pursued this line of argument. It follows that, with only contractual rights asserted, Michelle cannot be understood to have a proprietary right in the proceeds. Rather, her agreement with Lawrence must be understood as limited to a contractual right to be maintained the named beneficiary of the policy while she paid the premiums. If Lawrence had died while she was designated as a beneficiary, Michelle would consequently receive the proceeds, but the contract itself cannot be seen to give Michelle a right in the proceeds themselves.

[102] Of course, Lawrence breached his contractual obligations by redesignating Risa as an irrevocable beneficiary, entitling her to the policy proceeds on his death. While Michelle would have a claim against Lawrence's estate for breach of contract, the estate's lack of assets has rendered any such recourse fruitless. Instead, Michelle's claim before this Court is to reverse the purported unjust enrichment of Risa, an innocent beneficiary of Lawrence's breach of contract.

[103] Risa has argued that unjust enrichment should not be a vehicle for protecting expectation interests in a valid contract. Indeed, the availability of unjust enrichment for indirect claims against the

naissance à un droit de propriété sur le produit. Le simple fait d'être désigné bénéficiaire ne donne pas droit au produit avant la mort de l'assuré. Le droit de réclamer le produit ne se matérialise qu'au décès de l'assuré. De plus, à titre de bénéficiaire révocable, Michelle n'avait pas le droit de contester la nouvelle désignation, si ce n'est en poursuivant Lawrence pour rupture de contrat. Par conséquent, les seuls droits que possédait Michelle à l'égard du contrat d'assurance-vie lorsque Lawrence est décédé étaient ses droits contractuels.

[101] Si elle avait présenté des demandes différentes et un dossier plus étoffé, Michelle aurait peut-être été en mesure d'établir que le contrat lui accordait un intérêt propriétaire dans le produit par le truchement d'une cession en equity de la chose non possessoire de Lawrence. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à juste titre que cette voie de recours n'avait jamais été régulièrement portée à l'attention du juge de première instance, et Michelle n'a pas non plus défendu cette thèse. On ne peut donc considérer qu'en invoquant seulement des droits contractuels, Michelle a un droit de propriété sur le produit. Son entente avec Lawrence ne doit plutôt être comprise que comme le droit contractuel de rester la bénéficiaire désignée de la police pendant qu'elle en paie les primes. Si Lawrence était mort alors qu'elle était désignée bénéficiaire, Michelle aurait ainsi touché le produit, mais le contrat lui-même ne peut conférer à Michelle un droit sur le produit en soi.

[102] Bien sûr, Lawrence a contrevenu à ses obligations contractuelles en désignant Risa bénéficiaire irrévocable, ce qui a permis à cette dernière de toucher le produit de la police lors du décès de Lawrence. Même si Michelle avait un droit d'action contre la succession de Lawrence pour rupture de contrat, l'insuffisance d'actifs dans la succession a rendu tout recours inutile. Le pourvoi formé par Michelle devant notre Cour a plutôt pour objet d'annuler le prétendu enrichissement sans cause de Risa, une bénéficiaire innocente de la rupture de contrat de Lawrence.

[103] Risa a fait valoir que l'enrichissement sans cause ne devrait pas servir à protéger les attentes envers un contrat valide. En fait, la possibilité d'invoquer l'enrichissement sans cause afin de poursuivre

innocent beneficiaries of a breach of contract is a matter of significant academic controversy. Professor Birks, while a general proponent of the availability of indirect claims, has posited that there is a general rule against “leap-frogging” out of an initially valid contract through unjust enrichment (P. Birks, *Unjust Enrichment* (2nd ed. 2005), at p. 90). One reason he suggests for this rule is that a contracting party “must not wriggle round the risk of insolvency” inherent in contractual relations (p. 90). Professor Burrows also recognizes such a rule, given the logical difficulty of establishing a causal link between the claimant’s deprivation and the defendant’s benefit (A. Burrows, *The Law of Restitution* (3rd ed. 2011), at pp. 70-71). In a similar vein, Professor Virgo has identified a “privity principle” to unjust enrichment that means indirect recipients of a benefit will generally not be liable for restitution (G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd ed. 2015), at p. 105). The leading text on restitution from Lord Goff and Professor Jones, by contrast, suggests that there is no such general prohibition and that causation can be made out on a simple “but for” causation analysis (*Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment* (9th ed. 2016), by C. Mitchell, P. Mitchell and S. Watterson, at pp. 77 and 176). Yet, they also caution that courts should be hesitant to make such awards where they would have the effect of undermining an insolvency regime or avoid the contractual allocation of risk (p. 77).

[104] There is sparse Canadian authority on this matter, and we see no support for the view that unjust enrichment protects an individual’s contractual expectations against innocent third parties. Certainly, this Court has recognized that the law of restitution ensures that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in their possession or would have accrued for their benefit, it is restored to them (*Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at pp. 1202-3). However, restitution awards for expected property have generally been where there was a breach of an equitable duty by a defendant (*Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*,

indirectement les bénéficiaires innocents d’une rupture de contrat suscite une grande controverse chez les universitaires. Le professeur Birks, bien que généralement favorable à la possibilité d’exercer des recours indirects, a opiné qu’une règle générale interdit de se soustraire à un contrat valablement formé par la voie de l’enrichissement sans cause (P. Birks, *Unjust Enrichment* (2^e éd. 2005), p. 90). Il prétend que cette règle existe notamment parce qu’une partie contractante [TRADUCTION] « ne doit pas esquiver le risque d’insolvabilité » inhérent aux rapports contractuels (p. 90). Le professeur Burrows reconnaît lui aussi l’existence de cette règle, vu la difficulté logique d’établir un lien de causalité entre l’appauvrissement du requérant et l’enrichissement du défendeur (A. Burrows, *The Law of Restitution* (3^e éd. 2011), p. 70-71). Dans la même veine, le professeur Virgo a relevé un « principe de lien contractuel » applicable à l’enrichissement sans cause voulant que les bénéficiaires indirects d’un avantage ne soient généralement pas tenus de le restituer (G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3^e éd. 2015), p. 105). En revanche, l’ouvrage de référence de lord Goff et du professeur Jones sur la restitution tend à indiquer qu’il n’y a aucune interdiction générale de cette nature et que le lien de causalité peut être établi à l’aide d’une simple analyse du « facteur déterminant » (*Goff & Jones : The Law of Unjust Enrichment* (9^e éd. 2016), par. C. Mitchell, P. Mitchell et S. Watterson, p. 77 et 176). Ils précisent pourtant que les tribunaux devraient hésiter à octroyer de telles réparations lorsque celles-ci auraient pour effet de saper un régime d’insolvabilité ou d’éviter la répartition du risque prévue au contrat (p. 77).

[104] Les sources canadiennes en la matière sont rares et nous ne voyons rien qui étaye l’opinion selon laquelle le principe de l’enrichissement sans cause protège les attentes contractuelles d’une personne contre des tiers innocents. Bien entendu, notre Cour a reconnu que le droit de la restitution garantit que, dans le cas où un demandeur a été privé d’une richesse qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1202-1203). Toutefois, le bien attendu a généralement été restitué lorsqu’un défendeur avait manqué à un devoir en equity (*Lac Minerals Ltd. c. International Corona*

[1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 668-70). In these cases, a defendant, through some wrongdoing, intercepts the property otherwise destined for the plaintiff. In the words of *Lac Minerals*: “but for [the defendant’s] interception”, the plaintiff “would have acquired the property” (p. 669). Critically, the plaintiff has no recourse against the third party. Its only claim is to the very thing in the defendant’s hands. In our view, this is distinguishable from where the plaintiff holds a valid contractual expectation vis-à-vis the third party (here, Lawrence) that they would receive property, but that expectation was frustrated by an insolvency that prevents full compensation for a breach of contract. Our takeaway from *Lac Minerals* is encapsulated concisely by Professor McInnes’ views on expected property awards:

The plaintiff is entitled to demand receipt of a benefit which, as a matter of legal certainty, would have been obtained from a third party, but for the defendant’s intervention. The situation will be much different, however, if relief is available merely because the defendant realized a gain through the non-wrongful exploitation of an earning opportunity. [Emphasis added.]

(M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 179)

To allow plaintiffs to wield contractual expectations against innocent third parties risks “drift[ing] dangerously away from reversing unjustified transfers and toward stripping non-wrongful profits” (McInnes, at p. 183).

[105] Michelle has raised a number of so-called “disappointed beneficiary” cases in support of her claim. While many of these involved such indirect claims for unjust enrichment, none support using unjust enrichment to indirectly enforce a failed contractual expectation to receive policy proceeds. In many of these cases, the insured was alleged to have intended to redesignate the beneficiary but failed to do so before they died (see, e.g., *Love v. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504, at para. 10; *Holowa*

Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574, p. 668-670). Dans ces affaires, le défendeur, par un quelconque acte répréhensible, intercepte le bien autrement destiné au demandeur. Pour reprendre les termes employés dans *Lac Minerals*, « si [la défenderesse] ne l’avait pas intercepté », la demanderesse « aurait acquis ce bien-fonds » (p. 669). Ce qui est d’une importance capitale, c’est que le demandeur n’a aucun recours contre le tiers. Son seul droit d’action vise la chose même qui se trouve entre les mains du défendeur. À notre avis, il y a lieu de distinguer cette situation du cas où la demanderesse a une attente contractuelle valable vis-à-vis le tiers (en l’occurrence Lawrence) suivant laquelle elle recevrait un bien, mais cette attente ne s’est pas réalisée en raison d’une insolvabilité qui empêche l’indemnisation complète du dommage causé par la rupture de contrat. Les enseignements que nous tirons de l’arrêt *Lac Minerals* sont résumés par les remarques du professeur McInnes sur l’octroi du bien attendu :

[TRADUCTION] Le demandeur a le droit d’exiger la réception d’un avantage qui, sous l’angle de la sécurité juridique, aurait été obtenu d’un tiers, n’eût été l’intervention du défendeur. La situation est cependant très différente s’il est possible d’accorder réparation simplement parce que le défendeur a réalisé un gain en profitant d’une occasion sans commettre d’acte répréhensible. [Nous soulignons.]

(M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 179)

Si l’on permet aux demandeurs d’imposer des attentes contractuelles à des tiers innocents, on risque de « passer dangereusement de l’annulation de transferts injustifiés au dépouillement de profits non répréhensibles » (McInnes, p. 183).

[105] Michelle a évoqué plusieurs cas dits de « bénéficiaires déçus » à l’appui de son recours. Même si bon nombre de ces cas concernaient de tels recours indirects pour enrichissement sans cause, aucun d’entre eux ne justifie d’utiliser le principe de l’enrichissement sans cause pour exécuter indirectement une attente contractuelle non réalisée dans le but de toucher le produit d’une police. Dans un grand nombre de ces cas, on a prétendu que l’assuré comptait désigner un nouveau bénéficiaire, mais qu’il ne l’avait pas fait

Estate v. Stell-Holowa, 2011 ABQB 23, 330 D.L.R. (4th) 693, at para. 14; *Richardson (Estate Trustee of) v. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65, at para. 18; *Roberts v. Martindale* (1998), 55 B.C.L.R. (3d) 63 (C.A.), at para. 17). Where courts have made awards for unjust enrichment, it has been where the defendant renounced their right to any benefit (*Holowa*, at paras. 23 and 25; *Roberts*, at para. 26). In our view, the defendant's renunciation of rights to the proceeds render these cases distinguishable and of little assistance.

[106] More germane to this appeal are cases where the insured redesignated the beneficiary in breach of an equitable or legal obligation (see, e.g., *Milne Estate v. Milne*, 2014 BCSC 2112, 54 R.F.L. (7th) 328, at para. 3; *Ladner v. Wolfson*, 2011 BCCA 370, 24 B.C.L.R. (5th) 43, at para. 3; *Schorlemer Estate v. Schorlemer* (2006), 29 E.T.R. (3d) 181 (Ont. S.C.J.), at para. 5; *Steeves v. Steeves* (1995), 168 N.B.R. (2d) 226 (Q.B.), at para. 29; *Gregory v. Gregory* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 133 (C.A.); *Shannon v. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456 (H.C.)). In these cases, courts have generally awarded the proceeds where the insured was found to have been bound by an equitable obligation or where the insured's rights were otherwise held in trust for the plaintiff's benefit. For instance, in *Schorlemer* the insured had designated the defendant as the beneficiary in breach of a written separation agreement, and the Ontario Superior Court of Justice found that the insured's rights were held in trust for the plaintiff. Similarly, in *Gregory*, *Milne* and *Steeves*, where the insured redesignated the beneficiary in breach of a court order, the court order was found to have imposed a trusteeship on the insured for the benefit of the plaintiff. *Shannon* did involve a broken contractual agreement; however, as we detail below, we understand McKinlay J.'s reasons as most consistent with having found that the written separation agreement itself created a trust. Regardless, the serious issues with enforcing contractual rights through unjust enrichment were not given consideration in *Shannon*.

avant de mourir (voir, p. ex., *Love c. Love*, 2013 SKCA 31, 359 D.L.R. (4th) 504, par. 10; *Holowa Estate c. Stell-Holowa*, 2011 ABQB 23, 330 D.L.R. (4th) 693, par. 14; *Richardson (Estate Trustee of) c. Mew*, 2009 ONCA 403, 96 O.R. (3d) 65, par. 18; *Roberts c. Martindale* (1998), 55 B.C.L.R. (3d) 63 (C.A.), par. 17). Les tribunaux ont accordé des réparations pour enrichissement sans cause lorsque le défendeur avait renoncé à son droit à quelque avantage que ce soit (*Holowa*, par. 23 et 25; *Roberts*, par. 26). Nous estimons qu'il convient de distinguer ces cas où le défendeur a renoncé à son droit au produit et qu'ils sont par conséquent peu utiles.

[106] Les cas qui s'apparentent davantage au présent pourvoi sont ceux où l'assuré a changé de bénéficiaire en contravention d'une obligation en equity ou en common law (voir, p. ex., *Milne Estate c. Milne*, 2014 BCSC 2112, 54 R.F.L. (7th) 328, par. 3; *Ladner c. Wolfson*, 2011 BCCA 370, 24 B.C.L.R. (5th) 43, par. 3; *Schorlemer Estate c. Schorlemer* (2006), 29 E.T.R. (3d) 181 (C.S.J. Ont.), par. 5; *Steeves c. Steeves* (1995), 168 N.B.R. (2d) 226 (B.R.), par. 29; *Gregory c. Gregory* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 133 (C.A.); *Shannon c. Shannon* (1985), 50 O.R. (2d) 456 (H.C.)). Dans ces affaires, les tribunaux ont généralement accordé le produit lorsqu'ils ont conclu que l'assuré était lié par une obligation en equity ou lorsque les droits de l'assuré étaient par ailleurs détenus en fiducie au profit du demandeur. Par exemple, dans *Schorlemer*, l'assuré avait désigné la défenderesse à titre de bénéficiaire en contravention d'un accord écrit de séparation, et la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que les droits de l'assuré étaient détenus en fiducie au profit de la demanderesse. De même, dans *Gregory*, *Milne* et *Steeves*, des affaires où l'assuré a changé de bénéficiaire en violation d'une ordonnance judiciaire, on a jugé que celle-ci avait imposé une mise en tutelle à l'assuré au profit de la demanderesse. L'affaire *Shannon* portait bel et bien sur un accord contractuel rompu; par contre, comme nous l'expliquons en détail ci-dessous, les motifs de la juge McKinlay nous semblent plutôt compatibles avec la conclusion selon laquelle l'accord écrit de séparation a créé en soi une fiducie. Quoiqu'il en soit, les questions sérieuses que pose l'exercice de droits contractuels par la voie de l'enrichissement sans cause n'ont pas été prises en compte dans *Shannon*.

[107] As such, the present appeal presents this Court with difficult questions about both the nature of how a transfer of wealth is measured in unjust enrichment and how such claims should be treated in the juristic reason analysis. To be clear, we do not wish to make any general statements regarding so-called “leap-frogging” cases. But in applying the facts of this case, as pled and proven, to the current law of unjust enrichment, we remain unconvinced that Michelle is entitled to a constructive trust for the whole of the proceeds.

B. *Corresponding Deprivation*

[108] In an action for unjust enrichment, a plaintiff must show that they suffered a corresponding deprivation. To establish a corresponding deprivation, there must be a transfer of wealth on a straightforward economic basis (*Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 35; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 990). While the clearest examples of such transfers are where there is payment and receipt of money (e.g. *Garland*, *Air Canada*), it can also be made out to the extent of the plaintiff’s expenditure for the defendant’s benefit (e.g. *Peter*) or where the defendant has received property destined for the plaintiff but for their wrongdoing (e.g. *Lac Minerals*). In these types of cases, the issue of correspondence may pass without comment, but the importance of this structure must be kept firmly in mind when examining other cases where the nexus between the plaintiff and defendant is less obvious. Whatever factual matrix gives rise to an apparent transfer of wealth from the plaintiff to the defendant, it is crucial that a defendant’s enrichment in fact corresponds to the plaintiff’s deprivation. As explained by this Court in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 71, [2012] 3 S.C.R. 660, “the enrichment and detriment elements are the same thing from different perspectives” (para. 151). Enrichment and deprivation are “essentially two sides of the same coin” (*Peter*, at p. 1012).

[107] Ainsi, notre Cour est appelée en l’espèce à trancher des questions épineuses à propos de la façon dont un transfert de richesse est mesuré en matière d’enrichissement sans cause et du traitement qu’il convient de réserver aux réclamations qui en découlent dans l’analyse du motif juridique. Soyons clairs, nous ne voulons faire aucune remarque générale au sujet des affaires dites d’« esquive ». Mais lorsqu’on applique les faits plaidés et établis de l’espèce au droit actuel de l’enrichissement sans cause, nous ne pouvons nous convaincre que Michelle a droit à l’imposition d’une fiducie par interprétation sur l’ensemble du produit.

B. *Appauvrissement correspondant*

[108] Dans une action pour enrichissement sans cause, le demandeur doit prouver qu’il a subi un appauvrissement correspondant. Cette démonstration requiert un transfert de richesse selon une analyse économique simple (*Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 35; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 990). Bien que les exemples les plus patents de transferts de ce genre se produisent dans les cas où il y a paiement et réception d’une somme d’argent (comme dans *Garland* et *Air Canada*), l’appauvrissement correspondant peut être établi dans la mesure où le demandeur a engagé une dépense au profit du défendeur (comme dans *Peter*) ou lorsque le défendeur a reçu un bien destiné au demandeur mais dans le but de commettre un délit (comme dans *Lac Minerals*). Dans ce type d’affaire, la question de la correspondance peut se passer de commentaire, mais il faut bien garder en tête l’importance de ce cadre au moment d’examiner d’autres cas où le lien entre le demandeur et le défendeur est moins évident. Quel que soit le contexte factuel à l’origine d’un transfert apparent de richesse du demandeur au défendeur, il est crucial que l’enrichissement du défendeur corresponde dans les faits à l’appauvrissement du demandeur. Comme l’explique notre Cour dans *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660, « les éléments d’enrichissement et d’appauvrissement rendent compte du même phénomène, mais sous des angles différents » (par. 151). L’enrichissement et l’appauvrissement sont « essentiellement comme les deux côtés d’une pièce de monnaie » (*Peter*, p. 1012).

[109] The importance of the bilateral nature of unjust enrichment is highlighted by the fact that, unlike for many other causes of action, unjust enrichment will permit a plaintiff to recover from a defendant without any wrongdoing on the latter's part. For example, a defendant will be liable to return to the plaintiff any payments made to them by mistake. Where liability attaches to the defendant without any wrongdoing, the normative basis for such liability is strictly limited. As Professor Smith explains:

Strict liability in unjust enrichment depends on both a material gain to the defendant and a material loss to the plaintiff. Moreover, the loss and the gain must be two sides of the same coin; there must always be a transfer of wealth from plaintiff to defendant. Only in this way can we justify liability through a one-sided normative flaw in the transaction. . . . Mere causal connection between plaintiff and defendant is not enough — any more than it is in negligence — because it does not carry enough normative force.

(“Restitution: The Heart of Corrective Justice” (2001), 79 *Tex. L. Rev.* 2115, at p. 2156)

The correspondence between the deprivation and the enrichment, while seemingly formalistic, is fundamental. Proper correspondence, Professor McInnes notes, “is th[e] connection between the parties — a plus and a minus as obverse manifestations of the same event — that uniquely identifies the plaintiff as the proper person to seek restitution” (p. 149).

[110] The logic that permits recovery in the circumstances of unjust enrichment also conditions the measurement of any restitution. The defendant cannot be required to “return” to the plaintiff more than what they have received, even if the plaintiff suffered a loss greater than the defendant's gain. As an innocent party, there is no basis to require the defendant to return anything more. Inversely, the plaintiff cannot collect more from the defendant than they have lost. It does not matter that the defendant benefited more than the plaintiff lost. The plaintiff only has standing in respect of losses they have

[109] L'importance que revêt le caractère bilatéral de l'enrichissement sans cause ressort du fait que, contrairement à bien d'autres causes d'action, l'enrichissement sans cause permet au demandeur de recouvrer quelque chose du défendeur sans que ce dernier n'ait commis quelque faute que ce soit. Par exemple, le défendeur doit restituer au demandeur tout paiement qui lui a été versé par erreur. Lorsque la responsabilité du défendeur est engagée en l'absence d'une faute de sa part, le fondement normatif de cette responsabilité est strictement limité. Comme l'explique le professeur Smith :

[TRADUCTION] La responsabilité stricte en matière d'enrichissement sans cause dépend à la fois d'un gain matériel du défendeur et d'une perte matérielle du demandeur. En outre, la perte et le gain doivent être deux côtés de la même médaille; il doit toujours y avoir un transfert de richesse du demandeur au défendeur. Ce n'est qu'ainsi que nous pouvons justifier la responsabilité au moyen d'une faille normative chez une partie à l'opération. [. . .] Un simple lien de causalité entre le demandeur et le défendeur ne suffit pas, pas plus que dans une action pour négligence, car il n'a pas une force normative suffisante.

(« Restitution : The Heart of Corrective Justice » (2001), 79 *Tex. L. Rev.* 2115, p. 2156)

Bien que formaliste en apparence, la correspondance entre l'appauvrissement et l'enrichissement est fondamentale. Selon le professeur McInnes, une correspondance appropriée [TRADUCTION] « s'entend du lien entre les parties — un plus et un moins en tant que manifestations contraires du même fait — qui identifie seulement le demandeur comme la personne pouvant réclamer la restitution » (p. 149).

[110] La logique qui permet le recouvrement dans un cas d'enrichissement sans cause dicte aussi l'ampleur de toute restitution. Le défendeur ne peut être tenu de « restituer » au demandeur davantage que ce qu'il a reçu même si le demandeur a subi une perte plus grande que le gain du défendeur. Il n'y a aucune raison d'obliger le défendeur, une partie innocente, à restituer quoi que ce soit de plus. Inversement, le demandeur ne peut pas recouvrer du défendeur plus que ce qu'il a perdu. Il importe peu que le gain du défendeur excède la perte du demandeur. Ce dernier n'a qualité que pour se faire indemniser des pertes

suffered. Liability for unjust enrichment is limited to “the lesser of the two amounts, the enrichment or the impoverishment” (*Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, at p. 77, cited in *McIness*, at p. 183).

[111] It is sufficiently clear that but for Michelle’s payments, the policy would have lapsed, and but for Lawrence’s breach of contract, she would have been the beneficiary at the time of his death. But, in our view, these facts are not enough to establish that the deprivation and the enrichment are corresponding. Risa’s enrichment was not *at the expense of* Michelle. This is best illustrated by a hypothetical: suppose that Lawrence’s estate was solvent. In that case, Risa would have retained her enrichment — the insurance proceeds — and Michelle would have suffered no deprivation, as she would hold a cause of action for breach of contract that is worth the equivalent of the proceeds. How can there then be correspondence if the enrichment and the deprivation could, in theory, co-exist? Risa’s enrichment is not *at the expense of* Michelle because Risa’s enrichment is not dependent on Michelle’s deprivation. What Risa received (a statutory entitlement to proceeds) is different from Michelle’s deprivation (the inability to enforce her contractual rights) — they are not “two sides of the same coin”. It is not enough for Michelle’s impoverishment to be equal to Risa’s gain — they must be “necessarily equal” such that it is a “zero-sum game” (L. D. Smith, “Three-Party Restitution: A Critique of Birks’s Theory of Interceptive Subtraction” (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 481, at pp. 482-83 (emphasis added)).

[112] In this regard, we note that the majority seeks to establish a correspondence between Risa’s enrichment and Michelle’s deprivation on the basis that Michelle’s contributions to the premium payments kept the policy alive. But the fact that Michelle preserved the policy does not inform whether her deprivation corresponds to Risa’s enrichment. And even if Michelle’s premium payments could generate sufficient correspondence, Michelle’s deprivation should be limited to the extent of her contributions, not to her contractual expectations. Her deprivation

qu’il a subies. La responsabilité pour enrichissement sans cause se limite à « la moindre des deux sommes, l’enrichissement ou l’appauvrissement » (*Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, p. 77, cité dans *McIness*, p. 183).

[111] Il est suffisamment clair que, n’eût été les paiements de Michelle, la police d’assurance se serait éteinte et que, n’eût été la rupture de contrat de Lawrence, elle aurait été la bénéficiaire au moment de son décès. Nous estimons cependant que ces faits ne suffisent pas à établir que l’appauvrissement et l’enrichissement correspondent. Risa ne s’est pas enrichie *aux dépens de* Michelle. Une hypothèse l’illustre fort bien : supposons que la succession de Lawrence était solvable. Dans ce cas, Risa aurait conservé son enrichissement — le produit de l’assurance — et Michelle n’aurait subi aucun appauvrissement, car elle détiendrait alors une cause d’action pour rupture de contrat dont la valeur équivaut à celle du produit. Comment peut-il alors y avoir correspondance si l’enrichissement et l’appauvrissement peuvent coexister en théorie? Risa ne s’enrichit pas *aux dépens de* Michelle parce que son enrichissement n’est pas tributaire de l’appauvrissement de cette dernière. Ce que Risa a reçu (un droit reconnu par la loi au produit) diffère de l’appauvrissement de Michelle (l’incapacité d’exercer ses droits contractuels); ce ne sont pas « deux côtés de la même médaille ». Il ne suffit pas que l’appauvrissement de Michelle équivaille au gain de Risa; ils doivent être [TRADUCTION] « forcément égaux », de sorte qu’il s’agit d’un « jeu à somme nulle » (L. D. Smith, « Three-Party Restitution : A Critique of Birks’s Theory of Interceptive Subtraction » (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 481, p. 482-483 (nous soulignons)).

[112] À cet égard, nous constatons que les juges majoritaires cherchent à établir une correspondance entre l’enrichissement de Risa et l’appauvrissement de Michelle au motif que les contributions de Michelle aux paiements de prime ont gardé la police en vigueur. Le fait que Michelle a préservé la police n’indique toutefois pas si son appauvrissement correspond à l’enrichissement de Risa. Et même si les paiements de prime versés par Michelle pouvaient donner lieu à une correspondance suffisante, son appauvrissement devrait se limiter au montant de ses contributions, et non

is not measured by the value of the agreement that motivated her to pay the premiums. This principle is illustrated in this Court's decision in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575. In that case, the appellant sought to uphold an unjust enrichment claim against the City of Victoria for improvements it had made to public works pursuant to an agreement with the latter. The respondent city rezoned the appellant's development mid-project, which, the appellant argued, undermined the reason for having made the improvements. The fact that the appellant performed the work as a result of an agreement did not change the measure of the appellant's deprivation. The appellant's measure of restitution was not its expected profits under the agreement but rather only the cost of performing the work, which was effectively given gratuitously to the respondent. As such, even on the majority's understanding of correspondence, Michelle's claim should be limited to the return of the premium payments.

[113] On our view of the matter, Michelle has not established a corresponding deprivation between Risa's entitlement to the policy proceeds and her failed contractual expectation to be named beneficiary. As Risa has admitted liability for the approximately \$7,000 in policy premiums, there is no need for us to consider whether Michelle would have been able to properly establish a corresponding deprivation for that amount.

C. *Juristic Reason*

[114] Even if a corresponding deprivation is assumed, we do not come to the conclusion that Risa was unjustly enriched at Michelle's expense. This is because there is a juristic reason for Risa's enrichment: the provisions of the *Insurance Act*.

[115] In *Garland*, this Court made a choice as to the threshold for when a transfer of wealth should be reversed. Prior to *Garland*, Canadian courts had either followed this Court's direction in *Rathwell v.*

à ses attentes contractuelles. Son appauvrissement ne se mesure pas en fonction de la valeur de l'entente qui l'a incitée à payer les primes. Ce principe se dégage de l'arrêt *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575. Dans cette affaire, l'appelante avait cherché à faire maintenir une action pour enrichissement sans cause intentée contre la ville de Victoria pour des améliorations qu'elle avait apportées à des ouvrages publics conformément à un accord conclu avec cette dernière. La ville intimée avait modifié le zonage du projet de l'appelante à mi-parcours des travaux, ce qui, soutenait l'appelante, avait sapé la raison d'être des améliorations. Le fait que l'appelante avait exécuté les travaux en application de leur accord n'a pas changé la portée de l'appauvrissement qu'elle a subi. La restitution à laquelle a eu droit l'appelante équivalait non pas aux profits qu'elle prévoyait réaliser grâce à l'accord, mais uniquement au coût de l'exécution des travaux qui avaient effectivement été réalisés gratuitement pour le compte de l'intimée. Par conséquent, même d'après la conception qu'ont les juges majoritaires de la correspondance, Michelle ne devrait avoir droit qu'au remboursement des paiements de prime.

[113] Selon nous, Michelle n'a pas établi un appauvrissement corrélatif entre le droit de Risa au produit de la police et son attente contractuelle non réalisée suivant laquelle elle serait nommée bénéficiaire. Puisque Risa a admis sa responsabilité à l'égard des quelques 7 000 \$ payés en primes d'assurance, nous n'avons pas à nous demander si Michelle aurait été en mesure d'établir convenablement un appauvrissement correspondant de ce montant.

C. *Motif juridique*

[114] Même si l'on tient pour acquise l'existence d'un appauvrissement correspondant, nous ne pouvons conclure que Risa s'est enrichie sans cause aux dépens de Michelle. Il en est ainsi parce qu'un motif juridique justifie l'enrichissement de Risa : les dispositions de la *Loi sur les assurances*.

[115] Dans *Garland*, notre Cour a fixé le critère indiquant dans quelles circonstances il y a lieu d'annuler un transfert de richesse. Avant cet arrêt, les tribunaux canadiens avaient soit suivi les directives

Rathwell, [1978] 2 S.C.R. 436, which prescribed a juristic reasons approach, or they applied the English approach, searching for an unjust factor to reverse an impugned transfer of wealth (*Garland*, at paras. 40-41). Faced with this division, Iacobucci J. affirmed the “distinctive Canadian approach” to juristic unjust enrichment (para. 42). Along with his clear preference for the juristic reason approach, Iacobucci J. was responsive to the criticisms of it. Recognizing the difficulty of proving a negative — the absence of any juristic reason for a defendant’s enrichment — Iacobucci J. formulated a two-stage approach to juristic reasons. At the first stage of the analysis, the plaintiff must show the absence of a juristic reason from a closed list of established categories. These include a disposition of law and a statutory obligation, among others. If the plaintiff establishes that there is no juristic reason from one of the established categories, there is a *prima facie* case for restitution. At the second stage of the analysis, the defendant may rebut the *prima facie* case by demonstrating that there is some other reason to deny recovery. While courts should look to “all of the circumstances of the transaction” in order to determine whether recovery should be denied, they are to have regard to two factors: “. . . the reasonable expectations of the parties and public policy considerations” (paras. 45-46).

[116] While the test is intended to be flexible and have the capacity to accommodate “changing perceptions of justice” (*Garland*, at para. 43; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 788), it must be borne in mind that what prompted this articulation of the test was the need “to ensure that the juristic reason analysis was not ‘purely subjective’, thereby building into the unjust enrichment analysis an unacceptable ‘immeasurable judicial discretion’ that would permit ‘case by case “palm tree” justice’” (*Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, at para. 43, citing *Garland*, at para. 40). As such, the reasonable expectations of the parties and public policy considerations must only be taken into account at the second stage of the analysis, provided

données par notre Cour dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, qui suggérait une approche axée sur le motif juridique, soit adopté l’approche anglaise, qui consistait à chercher un élément « sans cause » pour annuler un transfert de richesse contesté (*Garland*, par. 40-41). En présence de cette divergence d’opinions, le juge Iacobucci a confirmé la « façon proprement canadienne d’interpréter » le motif juridique en matière d’enrichissement sans cause (par. 42). En plus d’afficher clairement une préférence pour la conception du motif juridique, le juge Iacobucci a répondu aux critiques dont elle est l’objet. Reconnaissant qu’il est difficile de prouver un fait négatif — l’absence de motif juridique justifiant l’enrichissement d’un défendeur —, le juge Iacobucci a formulé une analyse en deux temps des motifs juridiques. Au premier stade de l’analyse, le demandeur doit prouver l’absence de motif juridique à partir d’une liste exhaustive de catégories établies, notamment une disposition législative et une obligation légale. Si le demandeur établit qu’il n’y a aucun motif juridique appartenant à l’une de ces catégories, il aura démontré qu’à première vue, la chose en litige doit lui être restituée. Au second stade de l’analyse, le défendeur peut réfuter la preuve *prima facie* en démontrant qu’il existe un autre motif de refuser le recouvrement. Même s’ils devraient examiner « toutes les circonstances de l’opération » afin de décider s’il convient de refuser le recouvrement, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs : « . . . les attentes raisonnables des parties et les considérations d’intérêt public » (par. 45-46).

[116] Bien que le test se veuille souple et susceptible de tenir compte des « perceptions changeantes de la justice » (*Garland*, par. 43, *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 788), il importe de se rappeler que ce qui était à l’origine de cette formulation du test, c’était le besoin « d’éviter que l’analyse du motif juridique soit “purement subjecti[ve]”, ajoutant à l’analyse de l’enrichissement injustifié un “pouvoir discrétionnaire incommensurable” inacceptable qui allait permettre le “cas par cas” » (*Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, par. 43, citant *Garland*, par. 40). Les attentes raisonnables des parties et les considérations d’intérêt public ne doivent donc être prises en compte qu’au second stade de l’analyse, pourvu que

that no established juristic reason is found (*Kerr*, at paras. 44-45). Simply put, if an established category of juristic reason applies, the analysis ends and the claim for unjust enrichment fails. Reasonable expectations and public policy cannot oust an established category of juristic reason where it is found to apply.

[117] The unique circumstances of Michelle's restitutionary claim — being an indirect claim involving third parties — demands a sharper examination of the object of the juristic reason. That is, a juristic reason *for what*? The majority suggests at various points that a juristic reason must simultaneously provide a reason for the defendant's enrichment, and a reason why that enrichment must occur *at the expense of* the plaintiff. It is this approach that appears to lead the majority to place great weight on the distinction between the receipt and retention of a benefit. We remain unconvinced this is a helpful tack to take. Rather, we would simply say that a juristic reason need only provide reason for the defendant's enrichment, as has been consistently stated in past jurisprudence (*Kerr*, at para. 32; *Garland*, at para. 30; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 66; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848).

[118] One can readily see how this important aspect of juristic reason can be easily overlooked and has been largely unaddressed. In the paradigmatic cases of unjust enrichment where only two parties are involved, and a transfer is made directly between them, the questions of enrichment and impoverishment may be one and the same. For example, if a transfer occurs by way of a gift from the plaintiff to the defendant, the plaintiff's donative intent is both a juristic reason for the defendant's retention of the wealth, and a reason for the defendant's enrichment *at the expense of* the plaintiff. After all, it was the plaintiff who intended the gift from their assets. In our view, the fact that in many cases the juristic reason for the defendant's enrichment simultaneously explains why that enrichment occurs at the expense of the plaintiff does not render this a requirement of the test for unjust enrichment.

l'on ne constate aucun motif juridique établi (*Kerr*, par. 44-45). Pour dire les choses simplement, si une catégorie établie de motif juridique s'applique, l'analyse prend fin et l'action fondée sur l'enrichissement sans cause est rejetée. Les attentes raisonnables et l'intérêt public ne sauraient écarter une catégorie établie de motif juridique lorsqu'on conclut à son application.

[117] Les circonstances propres à la demande de restitution de Michelle, une demande visant indirectement des tiers, exige une étude plus poussée de l'objet du motif juridique. C'est-à-dire, un motif juridique *justifiant quoi*? Les juges majoritaires laissent entendre à divers endroits qu'un motif juridique doit à la fois justifier l'enrichissement du défendeur et indiquer pourquoi cet enrichissement doit se faire *aux dépens du* demandeur. C'est cette approche qui semble avoir mené les juges majoritaires à attacher une grande importance à la distinction entre la réception et la conservation d'un avantage. Nous ne pouvons nous convaincre de l'utilité d'entreprendre cette tâche. Nous estimons plutôt suffisant de dire qu'un motif juridique doit uniquement justifier l'enrichissement du défendeur, comme cela a été constamment repris dans la jurisprudence (*Kerr*, par. 32; *Garland*, par. 30; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 66; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848).

[118] L'on peut aisément comprendre pourquoi cet aspect important du motif juridique peut être facilement négligé et laissé pour compte en bonne partie. Dans les cas paradigmatiques d'enrichissement sans cause où il y a seulement deux parties et le transfert se fait directement entre elles, les questions d'enrichissement et d'appauvrissement ne font bien souvent qu'une. Par exemple, si le transfert prend la forme d'un don du demandeur au défendeur, l'intention de donner du demandeur est à la fois un motif juridique justifiant la conservation de la richesse par le défendeur et un motif justifiant l'enrichissement du défendeur *aux dépens du* demandeur. Après tout, c'est le demandeur qui voulait faire le don à même ses actifs. À notre avis, le fait que, dans bien des cas, le motif juridique justifiant l'enrichissement du défendeur explique aussi pourquoi cet enrichissement se produit au détriment du demandeur n'en fait pas une exigence du test applicable.

[119] The situation is of course very different where multiple parties are involved and wealth is not transferred directly from one to another. In these cases, despite there being a reason that explains why each person is entitled to a particular thing and why another no longer is, it will be near impossible to find an explanation that can simultaneously capture both. The following example, while not a case of unjust enrichment, is instructive. A person who is given a car could sell it to another, who bears no relation to the original donor. The donor and purchaser are in effect legal strangers. In these situations, demanding a reason that simultaneously explains why the purchaser is entitled to the car and why the donor is no longer entitled to it imposes an impossible burden. Simply put, the reason the purchaser has the car is not the same reason the donor doesn't. The legal relationships of these individuals are mediated through other legal frameworks and actors and are not amenable to a single explanation. If the unjust enrichment analysis requires that juristic reasons have this kind of explanatory power, plaintiffs will almost always be successful in proving their absence in cases involving multiple parties and indirect transfers of wealth.

(1) The *Insurance Act* Establishes a Juristic Reason for Risa's Enrichment

[120] In this case, the issue at the first stage of the analysis is whether a beneficiary designation made pursuant to ss. 190(1) and 191(1) of the *Insurance Act* provides a juristic reason for Risa's receipt and retention of the insurance proceeds. Arriving at an answer to this question requires an examination of the provisions of the *Insurance Act* and the legal relationships surrounding the (alleged) transfer. In our view, not only does the *Insurance Act* — in conjunction with the deceased's policy — specifically direct the payment of the proceeds to Risa, but it expressly contemplates doing so even in light of the very kind of claim advanced by Michelle.

[119] La situation est évidemment fort différente lorsque plusieurs parties sont concernées et que la richesse n'est pas transférée directement de l'une à l'autre. Dans les cas de ce genre, même s'il existe une raison expliquant pourquoi chacun a droit à une chose en particulier et pourquoi une autre personne n'y a plus droit, il sera pratiquement impossible de trouver une explication qui vise les deux scénarios à la fois. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas d'enrichissement sans cause, l'exemple qui suit est instructif. La personne qui reçoit une voiture pourrait la vendre à quelqu'un d'autre qui n'a aucun lien avec le donateur initial. Le donateur et l'acquéreur sont en fait des étrangers aux yeux de la loi. Dans ces situations, exiger la présence d'un motif qui explique en même temps pourquoi l'acquéreur a droit à la voiture et pourquoi le donateur n'y a plus droit revient à imposer un fardeau impossible. Pour dire les choses simplement, la raison pour laquelle l'acquéreur a la voiture n'est tout simplement pas la même pour laquelle le donateur ne l'a pas. Les rapports juridiques entre ces personnes s'opèrent par l'intermédiaire d'autres cadres juridiques et acteurs et ne se prêtent pas à une seule explication. Si l'analyse de l'enrichissement sans cause requiert que les motifs juridiques aient ce genre de pouvoir explicatif, les demandeurs parviendront presque toujours à prouver leur absence dans les cas mettant en cause plusieurs parties et des transferts indirects de richesse.

(1) La *Loi sur les assurances* établit un motif juridique justifiant l'enrichissement de Risa

[120] En l'espèce, la question qui se pose au premier stade de l'analyse est de savoir si une désignation de bénéficiaire faite en vertu des par. 190(1) et 191(1) de la *Loi sur les assurances* fournit un motif juridique permettant à Risa de recevoir et de conserver le produit de l'assurance. Pour répondre à cette question, il faut examiner les dispositions de la *Loi sur les assurances* et les rapports juridiques entourant le transfert (allégué). À notre avis, non seulement la *Loi sur les assurances* — conjuguée à la police d'assurance du défunt — prescrit explicitement le versement du produit à Risa, mais elle le prévoit expressément malgré le type même de réclamation présenté par Michelle.

[121] Section 191(1) of the *Insurance Act* provides that an insured may designate an irrevocable beneficiary under a life insurance policy, and thereby provide special protections to that beneficiary. From the moment an irrevocable beneficiary is designated, they have a right in the policy itself: the insurance money is not subject to the control of the insured or to the claims of his or her creditors and the beneficiary must consent to any subsequent changes to beneficiary designation. As it is undisputed that Risa was the validly designated irrevocable beneficiary of the policy, Risa is entitled to the proceeds free of all of the claims of Lawrence’s creditors. Simply put, the direction of this comprehensive statutory scheme, in conjunction with the deceased’s policy, constitutes a juristic reason for Risa’s enrichment (*Chanowski v. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258 Man. R. (2d) 244; *Richardson; Love*).

[122] The fact that Michelle had an agreement with Lawrence for the proceeds of the policy does not undermine the presence of this juristic reason. As Michelle’s rights are contractual in nature, she is a creditor of Lawrence’s estate and thus, by the provisions of the *Insurance Act*, has no claim to the proceeds. Indeed, the *Insurance Act* explicitly protects irrevocable beneficiaries from the claims of the deceased’s creditors. Section 191(1) provides that where an insured designates an irrevocable beneficiary, the insurance money “is not subject to the control of the insured, is not subject to the claims of the insured’s creditor and does not form part of the insured’s estate”. Thus, contrary to the suggestion of the majority, the *Insurance Act* does, with irresistible clarity, “preclude the existence of contractual . . . rights in those insurance proceeds” (Majority Reasons, at para. 70 (emphasis added)). The French version of s. 191(1) of the Act is equally clear stating that the proceeds “*ne peuvent être réclamées par les créanciers de l’assuré et ne font pas partie de sa succession*”.

[123] The *Insurance Act*’s legislative history further supports Risa’s retention of the insurance proceeds notwithstanding Michelle’s claim. This history

[121] Selon le par. 191(1) de la *Loi sur les assurances*, l’assuré peut désigner un bénéficiaire à titre irrévocable dans une police d’assurance-vie et lui accorder ainsi une protection spéciale. À partir du moment où elle est ainsi désignée, la personne en question a un droit sur la police elle-même : le produit de l’assurance n’est pas sous l’emprise de l’assuré ni ne peut être réclamé par ses créanciers et le bénéficiaire doit consentir à tout changement subséquent de désignation d’un bénéficiaire. Puisqu’il est admis que Risa était la bénéficiaire validement désignée à titre irrévocable de la police, elle a droit au produit à l’abri de toutes les réclamations des créanciers de Lawrence. En somme, la directive de ce régime légal exhaustif, conjuguée à la police d’assurance du défunt, constitue un motif juridique justifiant l’enrichissement de Risa (*Chanowski c. Bauer*, 2010 MBCA 96, 258 Man. R. (2d) 244; *Richardson; Love*).

[122] Le fait que Michelle a conclu une entente avec Lawrence en vue de toucher le produit de la police ne compromet pas l’existence de ce motif juridique. Comme les droits de Michelle sont de nature contractuelle, cela fait d’elle une créancière de la succession de Lawrence et elle n’a donc pas droit au produit suivant la *Loi sur les assurances*. En effet, la *Loi sur les assurances* met explicitement les bénéficiaires irrévocables à l’abri des réclamations des créanciers du défunt. La version anglaise du par. 191(1) dispose que, quand l’assuré désigne un bénéficiaire à titre irrévocable, le produit de l’assurance « *is not subject to the control of the insured, is not subject to the claims of the insured’s creditor and does not form part of the insured’s estate* ». Donc, contrairement à ce que suggèrent les juges majoritaires, la *Loi sur les assurances* « exclu[t] l’existence de droits contractuels [. . .] [au] produit d’assurance » avec une clarté incontestable (motifs de la majorité, par. 70 (nous soulignons)). La version française du par. 191(1) de la Loi est tout aussi claire, indiquant que les sommes assurées « *ne peuvent être réclamées par les créanciers de l’assuré et ne font pas partie de sa succession* ».

[123] L’historique de la *Loi sur les assurances* étaye lui aussi le droit de Risa de conserver le produit de l’assurance malgré la réclamation de Michelle.

illustrates that the provisions of the *Insurance Act* were designed to protect the interests of beneficiaries in retaining the proceeds, and provide no basis whatsoever for a person paying the premiums to assume she would have any claim to the eventual proceeds. From the earliest days, the purpose of insurance statutes was in large part to securely provide for an insured's beneficiaries. In 1865, the then Province of Canada (which included what is now Ontario) passed legislation enabling any person to enter into a contract to insure his life for the benefit of his wife and children, with the proceeds free from the claims of any of their creditors (*An Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, ss. 3 and 5). Subsequently in 1884, as outlined in Risa's factum, "the legislation permitted a class of beneficiaries who were close family members of the insured (later known as 'preferred beneficiaries') to enforce the contract and to sue in their own right. This was effected by means of a statutory trust in favour of the preferred beneficiaries" (R.F., at para. 73; see also *An Act to Secure to Wives and Children the Benefit of Life Insurance*, S.O. 1884, c. 20, s. 5; E. H. McVitty, *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada* (1962), at p. 36). Subsequent versions of the insurance statutes in the province also provided protection to "beneficiaries for value", people who gave valuable consideration to the insured in exchange for designation as the beneficiary (*The Insurance Act*, R.S.O. 1960, c. 190). However, even under this regime, beneficiaries for value were only protected if a written description of the designation had been made (ss. 164(1) and 165).

[124] In 1962, significant principled changes were made to the *Insurance Act*, including the abolition of statutory trusts and beneficiaries for value (McVitty, at pp. 36-39 and 137-38). Rather than protect beneficiaries' interests by means of a statutory trust, the modern *Insurance Act* provided revocable beneficiaries with a statutory cause of action to enforce insurance contracts for their own benefit against the insurer (*Insurance Act*, s. 195). The modern *Insurance Act* also "shifted the regime away from granting

Cet historique révèle que les dispositions de la *Loi sur les assurances* visaient à protéger le droit des bénéficiaires de conserver le produit et ne permettaient aucunement au payeur des primes de supposer qu'il aurait droit à l'éventuel produit. Au tout début, les lois sur les assurances visaient en grande partie à s'assurer que le produit serve à subvenir aux besoins des bénéficiaires d'un assuré. En 1865, ce qui était à l'époque la province du Canada (laquelle englobait ce qui est aujourd'hui l'Ontario) a adopté une loi permettant à toute personne de conclure un contrat pour assurer sa vie au bénéfice de sa femme et de ses enfants et mettre le produit à l'abri des réclamations de tous ses créanciers (*Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, art. 3 et 5). Plus tard, en 1884, comme le souligne le mémoire de Risa, [TRADUCTION] « la loi a permis à un groupe de bénéficiaires qui étaient des proches parents de l'assuré (appelés subséquentement les "bénéficiaires privilégiés") d'obtenir l'exécution du contrat et d'ester en justice en leur nom. Elle l'a fait au moyen d'une fiducie légale en faveur des bénéficiaires privilégiés » (m.i., par. 73; voir aussi *An Act to Secure to Wives and Children the Benefit of Life Insurance*, S.O. 1884, c. 20, art. 5; E. H. McVitty, *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada* (1962), p. 36). Les versions subséquentes des lois de la province sur les assurances offraient également une protection aux « bénéficiaires à titre onéreux », soit des gens qui donnaient une contrepartie à l'assuré en échange de leur désignation en qualité de bénéficiaires (*The Insurance Act*, R.S.O. 1960, c. 190). Cependant, même sous ce régime, les bénéficiaires à titre onéreux n'étaient protégés que si une description écrite de la désignation avait été faite (par. 164(1) et art. 165).

[124] En 1962, de grands changements de principe ont été apportés à la *Insurance Act*, notamment l'abolition des fiducies légales et du statut de bénéficiaire à titre onéreux (McVitty, p. 36-39 et 137-138). Au lieu de défendre les intérêts des bénéficiaires au moyen d'une fiducie légale, la *Insurance Act* moderne reconnaissait aux bénéficiaires révocables une cause d'action leur permettant de faire exécuter à leur profit des contrats d'assurance contre l'assureur (*Insurance Act*, art. 195). La *Insurance Act* moderne

beneficiaries any control or proprietary interests in the proceeds. The sole exceptions were those beneficiaries validly designated by the insured as irrevocable beneficiaries — a status newly introduced in 1962 — and valid assignees” (R.F., at para. 75). These changes to the insurance scheme in Ontario represent the legislature’s continued intention to protect beneficiaries from the claims of the insured’s creditors, and to underline that a beneficiary’s entitlement to the proceeds is not undermined by her status as a “mere volunteer”. A beneficiary is not more or less entitled on the basis of her contribution to the policy’s premiums. The *Insurance Act* is deliberately indifferent to the source of the premium payments, and renders the actions of the payers irrelevant as far as the beneficiaries are concerned.

[125] Of course, beneficiaries who pay the premiums are not left completely vulnerable by the Act. These beneficiaries — like any beneficiary — can secure their priority over the insurance proceeds by requesting either designation as the irrevocable beneficiary of a policy, or requesting an assignment of the policy. This allows a promisee to protect themselves from the risk of contractual breach. Absent these steps, there are no guarantees for beneficiaries who pay premiums: the *Insurance Act* is explicitly and deliberately indifferent to the source of the premium payments.

[126] Consistent with the scheme, courts have declined to order restitution of insurance proceeds where plaintiffs pay the policy premiums under the mistaken belief that they are the named beneficiary. In *Richardson*, a plaintiff disputed the payment of her husband’s insurance policy proceeds to his former wife, the defendant, who had remained the named beneficiary on the policy. The plaintiff argued that she had paid the premiums of the policy under the mistaken belief that she was in fact the named beneficiary, and therefore, that the defendant was unjustly enriched by the retention of the proceeds. The Ontario Court of Appeal upheld the motion judge’s decision denying the plaintiff’s claim in unjust enrichment. The plaintiff’s contribution to the premium payments did

a également [TRADUCTION] « modifié le régime de manière à enlever aux bénéficiaires tout contrôle ou intérêt propriétaire sur le produit. Les seules exceptions étaient les bénéficiaires valablement désignés par l’assuré à titre irrévocable — un statut créé en 1962 — et les cessionnaires en règle » (m.i., par. 75). Ces changements au régime d’assurance ontarien témoignent de l’intention continue de la législature de mettre les bénéficiaires à l’abri des réclamations des créanciers de l’assuré et de souligner que le droit du bénéficiaire au produit n’est pas compromis par son statut de « simple volontaire ». Un bénéficiaire n’a pas plus ou moins droit au produit du fait de sa contribution aux primes de la police d’assurance. La *Loi sur les assurances* fait délibérément abstraction de la source des paiements de prime et fait perdre toute pertinence aux gestes des payeurs en ce qui concerne les bénéficiaires.

[125] Bien entendu, les bénéficiaires qui paient les primes ne sont pas laissés sans protection aucune par la Loi. Ces bénéficiaires — comme tout autre bénéficiaire — peuvent avoir priorité sur le produit de l’assurance en demandant d’être désignés bénéficiaires d’une police à titre irrévocable ou en requérant la cession de la police. Cela permet au destinataire d’une promesse de se protéger contre le risque d’inexécution de contrat. Faute de telles mesures, il n’y a aucune garantie pour les bénéficiaires qui paient des primes : la *Loi sur les assurances* fait explicitement et délibérément abstraction de la source des paiements de prime.

[126] Conformément au régime, les tribunaux ont refusé d’ordonner la restitution du produit de l’assurance lorsque le demandeur paie les primes de la police en croyant à tort qu’il a été nommé bénéficiaire. Dans *Richardson*, la demanderesse contestait le versement du produit de la police d’assurance contractée par son mari à son ex-femme, la défenderesse, qui était restée la bénéficiaire désignée de la police. La demanderesse a fait valoir qu’elle avait payé les primes de la police en croyant erronément qu’elle était en fait la bénéficiaire désignée et, donc, que la défenderesse s’était injustement enrichie en conservant le produit. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé la décision du juge saisi de la requête de rejeter l’action de la demanderesse fondée sur

not render the defendant's enrichment unjust. There was a juristic reason for her enrichment: the designation of the defendant as the beneficiary of the policy.

[127] If we were to impose on juristic reasons a requirement that they explain simultaneously a defendant's enrichment *and* a plaintiff's loss, it is unclear to us how the *Insurance Act* could then ever constitute a juristic reason in a third-party dispute relating to insurance proceeds. If plaintiffs can establish some correspondence in relation to a portion of the proceeds — e.g. through mistaken premium payments — the *Insurance Act* will likely never bar their claim to unjust enrichment. In our view, this is an especially troubling result in respect of the legislative history of the *Insurance Act*; it would undermine a deliberate legislative choice to divorce entitlement to the proceeds from the payment of the premiums.

[128] On the basis of this view of juristic reason, the majority disagrees that the *Insurance Act* constitutes a juristic reason in this case. On their view, this is because the *Insurance Act* does not explicitly oust the prior contractual claims of third parties to the policy proceeds. They rely on the Ontario High Court of Justice's decision in *Shannon*, finding that it supports the proposition “that while the *Insurance Act* may provide for the beneficiary's entitlement to payment of the proceeds, it ‘does not specifically preclude the existence of rights outside its provisions’”, including contractual entitlements such as Michelle's (Majority Reasons, at para. 72).

[129] We agree with Blair J.A., that it is unclear what proposition *Shannon* actually supports. In that case, the plaintiff argued that the provisions of the separation agreement became impressed with a trust, and that the designation of other beneficiaries in breach of that agreement constituted a disposition of trust property. We would note that the only way the designation of another beneficiary could constitute a

l'enrichissement sans cause. La contribution de la demanderesse aux paiements de prime n'a pas rendu injustifié l'enrichissement de la défenderesse. Un motif juridique justifiait son enrichissement : sa désignation à titre de bénéficiaire de la police.

[127] Si nous devons imposer aux motifs juridiques l'exigence qu'ils expliquent simultanément l'enrichissement du défendeur *et* la perte du demandeur, nous concevons mal comment la *Loi sur les assurances* pourrait alors constituer un motif juridique dans quelque litige portant sur le produit d'une assurance et impliquant un tiers. Si les demandeurs peuvent établir une correspondance quelconque relativement à une partie du produit — p. ex. au moyen du versement par erreur de primes —, la *Loi sur les assurances* ne fera probablement jamais obstacle à leur demande fondée sur l'enrichissement sans cause. Ce résultat nous paraît particulièrement troublant au regard de l'historique de cette loi; il contrecarrerait le choix délibéré du législateur de séparer le droit au produit du paiement des primes.

[128] Se fondant sur cette conception du motif juridique, les juges majoritaires n'estiment pas que la *Loi sur les assurances* puisse constituer pareil motif en l'espèce. À leur avis, il en est ainsi parce que la *Loi sur les assurances* n'écarte pas explicitement les droits d'action contractuels antérieurs de tiers sur le produit de la police d'assurance. Ils se fondent sur la décision de la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *Shannon* et concluent qu'elle étaye la proposition « que, même si la *Loi sur les assurances* peut conférer au bénéficiaire le droit au versement du produit de l'assurance, elle [TRADUCTION] “n'écarte pas expressément l'existence de droits qui ne relèvent pas de ses dispositions” », notamment les droits contractuels comme ceux de Michelle (motifs de la majorité, par. 72).

[129] Nous convenons avec le juge Blair qu'on ne sait pas avec certitude quelle proposition est appuyée par la décision *Shannon*. Dans cette affaire, la demanderesse a soutenu qu'une fiducie avait été imposée sur l'accord de séparation et que la désignation d'autres bénéficiaires en violation de l'accord constituait une aliénation de biens en fiducie. Signalons que la désignation d'un autre bénéficiaire ne peut

disposition of trust property is if the trust arose at the time the agreement was concluded. Justice McKinlay explained that it would be unjust for the “plaintiff’s clear rights under an agreement with her husband for good consideration [to] be taken away in favour of a niece and nephew who have given no consideration for those rights” (p. 461). She found that the proceeds of the insurance policy were impressed with a trust in favour of the plaintiff. She did not specify whether the trust was intentional (constituted at the time of formation) or constructive (remedial). To the extent the reasons suggest that the designation of beneficiaries according to the *Insurance Act* does not constitute a juristic reason because the beneficiaries are mere volunteers, we reject this argument. The very purpose of the *Insurance Act* is to distribute the policy proceeds to beneficiaries because of their designation as such, irrespective of their contribution directly to premiums or to the insured.

[130] Instead, *Shannon* and the jurisprudence that has followed can be understood to support the proposition that on the facts of a given case a separation agreement can be found to create either a trust over, or an equitable obligation in, the insurance proceeds. Indeed, this is the proposition for which *Shannon* is consistently cited. In *Fraser v. Fraser* (1995), 9 E.T.R. (2d) 136, the British Columbia Supreme Court, citing *Shannon*, found that “the covenant to maintain the beneficiary in the separation agreement is tantamount to an irrevocable designation of the beneficiary under the provisions of the *Insurance Act*” (para. 18). In *Ontario Teachers’ Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 70 O.R. (3d) 61, the Ontario Court of Appeal found that pre-retirement death benefits in a vested Ontario Teachers’ Pension Plan were validly assigned to a former spouse of the plan member under a separation agreement and that “a subsequent spouse who marries after a valid assignment of a pre-retirement death benefit to a former spouse should not reasonably expect to receive the already-assigned interest” (para. 62 (emphasis added)). In *Snider v. Mallon*, 2011 ONSC 4522, 3 R.F.L. (7th) 228, the Ontario Superior Court, citing *Shannon*, declared that “[i]t is therefore a well settled principle that

constituer une aliénation de biens en fiducie que si la fiducie a pris naissance au moment de la conclusion de l’accord. La juge McKinlay a expliqué qu’il serait injuste que les [TRADUCTION] « droits clairement accordés à la demanderesse par un accord conclu avec son mari pour une contrepartie valable lui soient enlevés en faveur d’une nièce et d’un neveu qui n’ont donné aucune contrepartie pour ces droits » (p. 461). Selon elle, une fiducie était imposée en faveur de la demanderesse sur le produit de la police d’assurance. Elle n’a pas précisé s’il s’agissait d’une fiducie délibérée (constituée au moment de sa création) ou par interprétation (réparatrice). Dans la mesure où les motifs laissent entendre que la désignation de bénéficiaires conformément à la *Loi sur les assurances* ne constitue pas un motif juridique parce que les bénéficiaires sont de simples volontaires, nous rejetons cet argument. L’objet même de cette loi est de remettre le produit de la police aux bénéficiaires en raison de leur désignation à ce titre, sans égard à leur contribution directe aux primes ou à l’assuré.

[130] On peut considérer plutôt que *Shannon* et la jurisprudence qui l’a suivie étayent la proposition selon laquelle, au vu des faits d’une affaire donnée, une entente de séparation peut donner naissance soit à une fiducie, soit à une obligation en equity sur le produit de l’assurance. En effet, c’est la proposition à l’appui de laquelle *Shannon* est couramment citée. Dans *Fraser c. Fraser* (1995), 9 E.T.R. (2d) 136, la Cour suprême de la Colombie-Britannique, citant *Shannon*, a conclu que [TRADUCTION] « la convention visant à maintenir le bénéficiaire désigné dans l’accord de séparation équivaut à une désignation à titre irrévocable selon les dispositions de la *Loi sur les assurances* » (par. 18). Dans *Ontario Teachers’ Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 70 O.R. (3d) 61, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que, dans le cadre d’une pension acquise aux termes du régime de retraite des enseignants de l’Ontario, les prestations de décès avant la retraite avaient été valablement cédées à un ancien conjoint du participant au régime par suite d’un accord de séparation et que [TRADUCTION] « la personne qui se marie après la cession valide d’une prestation de décès avant la retraite à un ex-conjoint ne devrait pas raisonnablement s’attendre à recevoir l’intérêt déjà cédé » (par. 62 (nous

an undertaking in a separation agreement creates a trust interest which will operate to protect the beneficiary should the undertaking party fail to honour his or her commitment” (para. 13). So too in *Bielny v. Dzwiekowski*, [2002] I.L.R. ¶I-4018 (Ont. S.C.J.), where the court found that the “law relating to the irrevocable designations of beneficiaries in separation agreements has been settled for some time” (para. 8), aff’d [2002] O.J. No. 508 (QL) (C.A.). Unlike these cases, Michelle’s interest in the policy does not arise from the contract itself, but from its breach.

[131] Therefore, we do not take *Shannon* to be authority for the proposition that a prior agreement to be designated the beneficiary of an insurance policy, without more, is sufficient to undermine the operation of an established juristic reason. A contractual entitlement is insufficient to create this kind of interest in the policy or its proceeds. This principle is illustrated in *Milne*: prior to passing away, a deceased, in breach of an order from a family law proceeding, changed the beneficiary designation from the plaintiff, his former spouse, to his current spouse. The former spouse argued that as a result of the breach of the order, which she likened to a contract in the family law context, she was entitled to the proceeds. The court found that while she was not entitled to the proceeds, she was entitled to damages for the contractual breach in the amount of the proceeds. While this case differs from the present appeal in that the estate’s solvency was not in issue, it is nonetheless instructive. Similarly, in *Kang v. Kang Estate*, 2002 BCCA 696, 44 C.C.L.I. (3d) 52, the appellant claimed that her husband promised to name her as the designated beneficiary on his life insurance policy if she came with him to Canada. She accompanied her husband to Canada, but he retained his sister as the designated beneficiary under his policy of life insurance. The Court of Appeal rejected the appellant’s claims, distinguishing the case from others in which “trial judges have imposed a constructive trust to remedy a husband’s breach of fiduciary duty owed to his wife after separation” flowing from the covenant

souignons)). Dans *Snider c. Mallon*, 2011 ONSC 4522, 3 R.F.L. (7th) 228, la Cour supérieure de l’Ontario, citant *Shannon*, a déclaré que [TRADUCTION] « [c]’est donc un principe bien établi qu’un engagement pris dans un accord de séparation crée un droit fiduciaire qui protégera le bénéficiaire si l’auteur de l’engagement ne respecte pas celui-ci » (par. 13). Il en va de même dans *Bielny c. Dzwiekowski*, [2002] I.L.R. ¶I-4018 (C.S.J. Ont.), où le tribunal a conclu que le [TRADUCTION] « droit relatif à la désignation de bénéficiaire à titre irrévocable dans des accords de séparation est établi depuis un certain temps » (par. 8), conf. par [2002] O.J. No. 508 (QL) (C.A.). Contrairement aux cas susmentionnés, l’intérêt de Michelle dans la police d’assurance découle non pas du contrat en soi, mais de la violation de celui-ci.

[131] Nous ne sommes donc pas d’avis que la décision *Shannon* appuie la thèse selon laquelle une entente antérieure visant à désigner le bénéficiaire d’une police d’assurance suffit en soi à compromettre l’application d’un motif juridique établi. Un droit contractuel est insuffisant pour faire naître ce genre d’intérêt dans la police ou son produit. La décision *Milne* illustre ce principe : avant de mourir, le défunt, en violation d’une ordonnance rendue dans une instance en matière familiale, a remplacé la demanderesse, son ex-conjointe, par sa conjointe actuelle à titre de bénéficiaire désignée. L’ex-conjointe a soutenu que, par suite de la violation de l’ordonnance, qu’elle a assimilée à un contrat en droit de la famille, elle avait droit au produit. La cour a jugé que, même si elle n’avait pas droit au produit, elle avait droit à des dommages-intérêts correspondant au produit pour la rupture du contrat. Bien que cette affaire se distingue du présent pourvoi en ce que la solvabilité de la succession n’était pas en cause, elle est néanmoins instructive. De même, dans *Kang c. Kang Estate*, 2002 BCCA 696, 44 C.C.L.I. (3d) 52, l’appelante a prétendu que son mari lui avait promis de la désigner bénéficiaire de sa police d’assurance-vie si elle venait avec lui au Canada. Elle a accompagné son mari au Canada, mais il a gardé sa sœur à titre de bénéficiaire désignée de sa police d’assurance-vie. La Cour d’appel a rejeté les prétentions de l’appelante et distingué l’affaire d’autres cas où [TRADUCTION] « le juge de première instance a imposé une fiducie par interprétation pour remédier au manquement du mari

in a separation agreement (para. 9). On its own, the agreement was not sufficient to give the plaintiff any entitlement to the proceeds, and ground a claim in unjust enrichment.

[132] The majority attaches significance to the fact that Michelle specifically contracted for the proceeds of the policy. She continued to pay the policy’s premiums on this basis. Put another way, in the view of the majority, Michelle is not an ordinary creditor of Lawrence’s estate; rather, she is in a special position vis-à-vis the policy proceeds. Respectfully, we cannot agree that this changes the nature of Michelle’s claim to the policy proceeds. In immunizing beneficiaries from the claims of the insured’s creditors, the *Insurance Act* does not distinguish between types of creditors. Creditors of the insured’s estate simply do not have a claim to the insurance proceeds. There is no basis to carve out a special class of creditor who would be exempt from the clear wording of the *Insurance Act*. Bearing in mind the history of the relevant provisions of the *Insurance Act* and their clarity, neither Michelle’s contributions to the policy, nor her contract with Lawrence are sufficient to take her outside the comprehensive scheme and grant her special and preferred status.

[133] That being said, we do not dispute Blair J.A.’s statement that the “designation of a beneficiary as an irrevocable beneficiary under the *Insurance Act* [does not] invariably trump a prior claimant” (para. 91). Whether the *Insurance Act* fails to trump a prior claimant depends on the character of that prior claim. Where by some agreement, or otherwise, the insured has “placed the policy or its proceeds beyond his or her ability to deal with them, and, therefore, beyond his or her ability to make the purported irrevocable designation”, the *Insurance Act* will not constitute a juristic reason for a beneficiary’s enrichment (para. 91). For example, if a claimant successfully established the existence of a trust over the policy or its proceeds prior to the designation of an irrevocable beneficiary, her beneficial or proprietary interest in

à l’obligation fiduciaire qu’il avait envers sa femme après la séparation », une obligation qui découle de la convention figurant dans un accord de séparation (par. 9). L’entente ne suffisait pas en soi pour accorder à la demanderesse quelque droit que ce soit sur le produit et fonder une action pour enrichissement sans cause.

[132] Les juges majoritaires attachent de l’importance au fait que Michelle avait conclu un contrat lui conférant explicitement le produit de la police. Elle a continué de payer les primes de la police pour cette raison. Autrement dit, selon la majorité, Michelle n’est pas une créancière ordinaire de la succession de Lawrence; elle se trouve plutôt dans une situation particulière vis-à-vis le produit de la police. Avec égards, nous ne pouvons convenir que cela modifie la nature du droit de Michelle au produit de la police. En mettant les bénéficiaires à l’abri des réclamations des créanciers de l’assuré, la *Loi sur les assurances* ne fait aucune distinction entre les différents types de créanciers. Les créanciers de la succession de l’assuré n’ont tout simplement pas droit au produit de l’assurance. Rien ne justifie d’établir une catégorie spéciale de créancier qui serait soustraite au texte clair de la *Loi sur les assurances*. Compte tenu de l’historique des dispositions applicables de cette loi et de leur clarté, ni les contributions de Michelle à la police, ni son contrat avec Lawrence ne suffisent pour l’exclure de ce régime exhaustif et lui accorder un statut particulier et privilégié.

[133] Cela dit, nous ne nous inscrivons pas en faux contre l’affirmation du juge Blair selon laquelle la [TRADUCTION] « désignation d’un bénéficiaire à titre irrévocable en vertu de la *Loi sur les assurances* [ne] l’emporte [pas] toujours sur le détenteur d’une créance antérieure » (par. 91). La réponse à la question de savoir si cette loi ne l’emporte pas sur le détenteur d’une créance antérieure dépend du caractère de cette créance. Lorsque, par une entente quelconque ou un autre moyen, l’assuré a « placé la police ou le produit de celle-ci hors de son emprise et, par conséquent, hors de sa faculté de faire la prétendue désignation irrévocable », la *Loi sur les assurances* ne constitue pas un motif juridique justifiant l’enrichissement d’un bénéficiaire (par. 91). Par exemple, si une demanderesse parvient à établir

the policy would have prevented the insured from designating an irrevocable beneficiary. Any such designation would be invalid. In those circumstances the *Insurance Act* could not constitute a juristic reason for a defendant's enrichment.

[134] But in the normal course, a contract between two parties does not at the time of the contract formation, be it for legal or equitable reason, prevent a promisor from dealing with the property that is the subject matter of the contract. In *Ladner Estate, Re*, 2004 BCCA 366, 40 B.C.L.R. (4th) 298, the British Columbia Court of Appeal considered the appropriate remedy for the deceased's breach of his covenants in a separation agreement to pay permanent spousal support to the appellant, and to maintain insurance to secure payment of that support. Instead of acting in accordance with the agreement, the deceased made the insurance proceeds of his policies payable to his estate, and thus available for estate administration costs, and vulnerable to the claims of unsecured creditors. The appellant argued that contract law does not permit a party (or their estate) to gain an advantage from wrongful conduct. The Court of Appeal was unpersuaded, finding that a promisor's wrongdoing "does not confer a property right or priority on the other party to the contract" (para. 23).

[135] This is indeed reflected in the reasons of the majority, which acknowledge that in the regular course, Michelle could pursue a remedy for breach of contract against Lawrence's estate. It is only because Lawrence's estate has no significant assets to satisfy an order for payment that any claim is being made to the insurance proceeds. As such, even on their view, Michelle's interest specifically in the policy proceeds does not crystallize until Lawrence's death, that is, long after Lawrence designated Risa as the irrevocable beneficiary. Thus, contrary to Lauwers J.A.'s dissenting reasons at the court below, the agreement did not place the policy or its proceeds beyond Lawrence's ability to deal with them.

qu'une fiducie a été imposée sur la police ou son produit avant la désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable, son intérêt bénéficiaire ou propriétaire dans la police aurait empêché l'assuré de désigner un bénéficiaire à titre irrévocable. Toute désignation de ce genre serait invalide. Dans les circonstances, la *Loi sur les assurances* ne saurait constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement d'un défendeur.

[134] Mais en temps normal, un contrat conclu entre deux parties n'empêche pas le promettant, que ce soit pour un motif en droit ou en equity, de disposer du bien visé par le contrat. Dans *Ladner Estate, Re*, 2004 BCCA 366, 40 B.C.L.R. (4th) 298, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné la réparation qu'il convient d'accorder pour la violation par le défunt des engagements qu'il avait pris dans un accord de séparation de verser en permanence à l'appelante une pension alimentaire et de garder en vigueur une police d'assurance pour garantir le paiement de ces aliments. Au lieu de respecter l'accord, le défunt avait fait en sorte que le produit de ses polices d'assurance soit payable à sa succession et puisse donc servir à acquitter les frais d'administration de la succession et être exposé aux réclamations des créanciers non garantis. L'appelante avait soutenu que le droit des contrats ne permettait pas à une partie (ou à sa succession) de tirer profit d'une in-conduite. La Cour d'appel n'en a pas été convaincue, jugeant que le comportement fautif d'un promettant [TRADUCTION] « ne confère pas un droit de propriété ou une priorité à l'autre partie au contrat » (par. 23).

[135] C'est en effet ce qui se dégage des motifs des juges majoritaires, qui reconnaissent qu'en temps normal, Michelle pourrait exercer un recours pour rupture de contrat contre la succession de Lawrence. C'est uniquement parce que la succession de Lawrence ne dispose pas d'éléments d'actif importants susceptibles de respecter une ordonnance de paiement que le produit de l'assurance est réclamé. Ainsi, même selon eux, l'intérêt de Michelle dans le produit de la police ne se réalise qu'à la mort de Lawrence, soit bien après que Lawrence eut désigné Risa bénéficiaire à titre irrévocable. Donc, contrairement à ce qu'indiquent les motifs dissidents du juge Lauwers, de la Cour d'appel, l'entente n'empêchait pas Lawrence de disposer de la police ou de son produit.

[136] We note that the thrust of the cases on which Michelle seeks to rely for her position recognize either explicitly or implicitly that unjust enrichment is available only where there is some proprietary or equitable entitlement to the insurance proceeds. In *Steeves*, the New Brunswick Queen’s Bench found that the insured “held the inchoate proceeds of the insurance policy in the event of his death in trust for the plaintiff” (para. 36). In *Schorlemer*, the Ontario Superior Court of Justice summarized the relevant legal principles as follows: “. . . where an insured is obligated under a separation agreement to designate the other party or their children as a beneficiary, that agreement will prevent the designation of another person as beneficiary . . .” (para. 48). These cases confirm, in our view, that a claim in unjust enrichment for the proceeds of a life insurance policy cannot be rooted in a mere contractual entitlement.

[137] Still, the majority does not accept that the *Insurance Act*’s clear bar of creditor claims against beneficiaries is sufficient to oust Michelle’s claim against Risa. While acknowledging that Michelle’s breach of contract claim renders her a creditor of Lawrence’s estate, they nonetheless insist that this has no bearing on a potential claim in unjust enrichment. Respectfully, we cannot agree. Framed in either contract or unjust enrichment, Michelle has not shown a proprietary or equitable entitlement to the proceeds. Michelle relies on her rights as a contractual creditor to anchor a claim in unjust enrichment. In our view, the *Insurance Act* explicitly ousts claims of this character.

[138] In sum, we consider that the *Insurance Act* reflects a deliberate policy choice to channel the insurance proceeds directly to the designated beneficiary free from any and all creditor claims. The Act is a juristic reason for the transfer to Risa. The relevant jurisprudence, including *Shannon*, does not dislodge or undercut the clear statutory language. Instead, the

[136] Nous constatons que l’essentiel de la jurisprudence que Michelle cherche à invoquer à l’appui de sa position reconnaît explicitement ou implicitement qu’un recours pour enrichissement sans cause ne peut être intenté que s’il existe un droit propriétaire ou en equity sur le produit de l’assurance. Dans *Steeves*, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a estimé que l’assuré [TRADUCTION] « détenait le produit non réalisé de la police d’assurance en fiducie pour la demanderesse au cas où il décéderait » (par. 36). Dans *Schorlemer*, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a résumé en ces termes les principes juridiques pertinents : [TRADUCTION] « . . . l’accord de séparation qui oblige l’assuré à désigner l’autre partie ou leurs enfants à titre de bénéficiaires empêche la désignation d’une autre personne à ce titre . . . » (par. 48). À notre avis, cette jurisprudence confirme qu’une action pour enrichissement sans cause visant à toucher le produit d’une police d’assurance-vie ne peut se fonder sur un simple droit contractuel.

[137] Malgré cela, les juges majoritaires n’acceptent pas que l’interdiction claire, dans la *Loi sur les assurances*, des réclamations des créanciers à l’encontre des bénéficiaires suffit pour écarter la demande de Michelle contre Risa. Ils reconnaissent certes que la réclamation de Michelle pour violation de contrat fait d’elle une créancière de la succession de Lawrence, mais ils insistent néanmoins pour dire que cela n’a aucune incidence sur une réclamation potentielle pour enrichissement sans cause. Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d’accord. Que ce soit en droit des contrats ou sur la foi des principes de l’enrichissement sans cause, Michelle n’a pas démontré l’existence d’un droit de propriété ou en equity sur le produit. Elle s’appuie sur ses droits en tant que créancière contractuelle pour ancrer une demande fondée sur l’enrichissement sans cause. Nous estimons que la *Loi sur les assurances* écarte explicitement les réclamations de cette nature.

[138] En somme, nous considérons que la *Loi sur les assurances* témoigne de la décision de principe délibérée de verser le produit de l’assurance directement au bénéficiaire désigné et de le soustraire à toute réclamation d’un créancier. La Loi est un motif juridique justifiant le transfert à Risa. La jurisprudence applicable, y compris la décision *Shannon*,

cases confirm that, absent some proprietary or equitable entitlement to the insurance proceeds, creditors cannot use unjust enrichment claims to undermine the *Insurance Act* and an insured's valid designation.

(2) Policy Considerations Weigh Against Allowing Michelle's Claim for Unjust Enrichment

[139] Even if the *Insurance Act*, on its own, did not establish a juristic reason for Risa's enrichment, we add that the policy considerations at the second stage of the juristic reason analysis would nevertheless favour the denial of restitution to Michelle.

[140] The legislature's choice for intended beneficiaries to receive the proceeds is rooted in the sound policy considerations underpinning that choice. Estate distributions are subject to frequent disputes, leading to lengthy and expensive litigation. Tying up insurance proceeds in litigation can create immense hardship for beneficiaries, many of whom stare at financial instability without support from their now-deceased spouse. Where there is a significant delay between an insured's death and the receipt of the insurance proceeds, designated beneficiaries may struggle to take care of household expenses or meet basic needs. Such is the case with Risa.

[141] The *Insurance Act* is structured in large part to minimize these hardships. Irrevocable beneficiary designations are meant to provide the insured and beneficiary alike with the certainty that the insurance proceeds will be received in a timely manner free of creditor claims. As per s. 196(1) of the *Insurance Act*, "Where a beneficiary is designated, the insurance money, from the time of the happening of the event upon which the insurance money becomes payable, is not part of the estate of the insured and is not subject to the claims of the creditors of the insured." The *Insurance Act* provides even greater protection of the

n'écarter ni n'affaiblit le libellé clair de la loi. En fait, les décisions confirment qu'à défaut d'un quelconque droit de propriété ou en equity sur le produit de l'assurance, les créanciers ne peuvent utiliser des réclamations fondées sur l'enrichissement sans cause pour saper la *Loi sur les assurances* et la désignation valide faite par l'assuré.

(2) Les considérations de politique générale militent contre la décision d'accueillir l'action de Michelle pour enrichissement sans cause

[139] Même si la *Loi sur les assurances*, en soi, n'établissait pas un motif juridique justifiant l'enrichissement de Risa, nous ajoutons que les considérations de politique générale intervenant au second stade de l'analyse du motif juridique favoriseraient néanmoins le refus de restituer le produit à Michelle.

[140] La décision de la législature de faire en sorte que les bénéficiaires désignés touchent le produit prend sa source dans les solides considérations de politique générale qui sous-tendent ce choix. La liquidation d'une succession engendre souvent des litiges et donne lieu à des poursuites longues et coûteuses. Le blocage du produit de l'assurance lors d'une action en justice peut occasionner d'énormes difficultés aux bénéficiaires, dont un grand nombre sont en proie à l'instabilité financière sans le soutien de leur conjoint maintenant décédé. Lorsqu'il y a un délai considérable entre la mort d'un assuré et la réception du produit de l'assurance, les bénéficiaires désignés peuvent avoir du mal à s'occuper des dépenses ménagères ou à répondre à des besoins essentiels. Tel est le cas de Risa.

[141] La *Loi sur les assurances* est conçue en grande partie pour réduire au minimum ces difficultés. La désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable a pour objet de donner à l'assuré tout comme au bénéficiaire la certitude que le produit de l'assurance sera touché en temps opportun à l'abri des réclamations des créanciers. Aux termes du par. 196(1) de la *Loi sur les assurances*, « [l]orsqu'un bénéficiaire est désigné, les sommes assurées ne font pas partie de la succession de l'assuré et ne peuvent être réclamées par les créanciers de l'assuré, dès la survenance de l'événement qui rend les sommes assurées exigibles. » Cette

policy and proceeds where an irrevocable beneficiary is designated. In that case, from the moment such a designation is made, the policy and its proceeds are not subject to the claims of any of the insured's creditors and are immune from any attempted redesignations. The inability of creditors and the insured to access or control the policy proceeds provides certainty to the insured and beneficiary that the latter will be provided the support that they were intended to have.

[142] At the expense of the above considerations, the majority seems to stress the *Insurance Act's* interest in certainty for insurers, but not the insured or their chosen beneficiaries. The *Insurance Act* purportedly outlines who should *receive* the proceeds, but not who should *retain* them. Michelle makes the same argument. While it is true that the insurance scheme benefits when insurers can identify with certainty the person who is entitled to receive a policy's proceeds, the provisions of the *Insurance Act* go beyond this. If the interests protected by the beneficiary provisions were principally those of the insurers, there would be no need for the proceeds to be free from creditor claims, or to bypass the insured's estate. A statute could achieve certainty for the insurer by merely directing that the proceeds be paid to the insured's estate, to be distributed according to the insured's testamentary dispositions. The function of these provisions is not merely to ensure that a beneficiary *receive* the proceeds, and they should not be treated as such.

[143] In fact, if Risa only has a right to receive but not retain the proceeds, it would seem to follow that all insurance proceeds would be subject to the claims of creditors, contrary to the express wording of the provisions. As such, if one were to accept — which we do not — that there is a principled basis to distinguish between creditors like Michelle and other creditors of an insured's estate, insurance proceeds would still end up being the subject of disputes and litigation. Various creditors would argue that they, too, have preferred status that should exempt them from the operation of the *Insurance Act*. Regardless

loi prévoit une protection encore plus grande de la police et de son produit en cas de désignation d'un bénéficiaire à titre irrévocable. Dès qu'une telle désignation est faite, la police et son produit échappent aux réclamations de l'un ou l'autre des créanciers de l'assuré et sont à l'abri de toute tentative de nouvelle désignation. L'impossibilité pour les créanciers et l'assuré d'obtenir le produit de la police ou d'avoir une emprise sur celui-ci offre à l'assuré et au bénéficiaire la certitude que ce dernier recevra le soutien qu'il était censé avoir.

[142] C'est au détriment des considérations susmentionnées que les juges majoritaires semblent insister sur l'intérêt de la *Loi sur les assurances* à offrir une certitude aux assureurs, mais non aux assurés ou aux bénéficiaires de leur choix. La *Loi sur les assurances* est censée indiquer qui doit *toucher* le produit, mais non qui doit le *conserver*. Michelle avance le même argument. Certes, le régime d'assurance en sort gagnant quand les assureurs peuvent identifier avec certitude la personne qui a droit au produit de la police, mais les dispositions de la *Loi sur les assurances* vont plus loin. Si les intérêts protégés par les dispositions applicables aux bénéficiaires étaient en majeure partie ceux des assureurs, il ne serait pas nécessaire de protéger le produit des réclamations des créanciers ou de contourner la succession de l'assuré. Une loi pourrait garantir la certitude de l'assureur en disposant simplement que le produit doit être versé à la succession de l'assuré et réparti selon ses dispositions testamentaires. Ces dispositions n'ont pas simplement pour fonction de faire en sorte que le bénéficiaire *touche* le produit, et elles ne doivent pas être considérées comme telles.

[143] En fait, si Risa a seulement le droit de toucher le produit, et non de le conserver, il semblerait que tous les produits d'assurance soient exposés aux réclamations des créanciers, contrairement aux termes exprès des dispositions. Partant, si l'on acceptait — ce que nous ne faisons pas — qu'il y a une raison de principe de distinguer les créanciers comme Michelle des autres créanciers de la succession d'un assuré, le produit de l'assurance finirait tout de même par être l'objet de différends et de poursuites en justice. Divers créanciers feraient valoir qu'ils ont eux aussi un statut privilégié qui

of whether these creditors would ultimately be successful in their claims for unjust enrichment, the result reached by the majority invites them to nonetheless attempt to collect on the insured's policy proceeds and tie up the proceeds in potentially protracted and expensive litigation, contrary to the intention of the *Insurance Act*. Even worse, this could leave designated beneficiaries vulnerable not just to creditors, but also to those who have sustained the policy for any period. Beneficiaries and insureds will thus be denied the certainty that the *Insurance Act* would otherwise provide.

III. Conclusion

[144] Death is sometimes accompanied by much uncertainty and strife. To the extent that it is possible, the *Insurance Act* moderates such uncertainty by creating a comprehensive regime for all those involved in a life insurance contract. Notwithstanding our view that there is no corresponding deprivation of Michelle, there is also a juristic reason for the transfer to Risa; we would not attenuate the sensible regime put forward by the legislature. As Michelle's claim of unjust enrichment is not made out, we would dismiss the appeal.

Appeal allowed, GASCON and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Hull & Hull, Toronto.

Solicitors for the respondent: Torys, Toronto.

devrait les soustraire à l'application de la *Loi sur les assurances*. Que les actions de tels créanciers pour enrichissement sans cause soient finalement accueillies ou non, le résultat auquel parviennent les juges majoritaires les incite néanmoins à tenter de piger dans le produit de la police de l'assuré et de bloquer le produit lors de poursuites qui risquent de s'avérer longues et coûteuses, contrairement à l'objet de la *Loi sur les assurances*. Pire encore, cela pourrait laisser les bénéficiaires désignés à la merci non seulement des créanciers, mais aussi des personnes qui ont maintenu la police d'assurance en vigueur pour quelque période que ce soit. Les bénéficiaires et les assurés se verront par conséquent privés de la certitude qu'offre par ailleurs cette loi.

III. Conclusion

[144] La mort s'accompagne parfois d'énormément d'incertitude et de querelles. La *Loi sur les assurances* atténue autant que possible cette incertitude en instaurant un régime complet pour toutes les parties à un contrat d'assurance-vie. Nonobstant notre opinion selon laquelle Michelle ne subit aucun appauvrissement correspondant, le transfert à Risa est également justifié par un motif juridique; nous estimons inopportun d'atténuer le régime judiciaire mis de l'avant par la législature. Puisque Michelle n'a pas établi le bien-fondé de son allégation d'enrichissement sans cause, nous rejeterions le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges GASCON et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Hull & Hull, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Torys, Toronto.

Vice Media Canada Inc. and Ben Makuch
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Aboriginal Peoples Television Network, Advocates in Defence of Expression in Media, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Canadian Media Guild/Communications Workers of America Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership, Postmedia Network Inc., Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Muslim Lawyers Association, Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers, International Human Rights Program, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. VICE MEDIA CANADA INC.
2018 SCC 53

File No.: 37574.

2018: May 23; 2018: November 30.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

Média Vice Canada Inc. et Ben Makuch
Appelants

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario, Réseau de télévision des peuples autochtones, Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership, Postmedia Network Inc., Société Radio-Canada, Association canadienne des avocats musulmans, Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers, International Human Rights Program, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MÉDIA VICE CANADA INC.
2018 CSC 53

N° du greffe : 37574.

2018 : 23 mai; 2018 : 30 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Media — Framework governing applications by police for search warrants and production orders — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Whether current framework provides adequate protection to media in view of special role it plays in free and democratic society — Whether production order validly issued — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Criminal law — Production orders — Standard of review — Notice — Police obtaining ex parte production order compelling media organization and journalist to hand over instant messages exchanged with suspected terrorist — Standard of review applicable to production and other investigative orders relating to media — Whether presumptive notice requirement should be imposed when police seeking production order or search warrant in relation to media — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.014.

A media organization and one of its journalists (together, “Vice Media”) wrote and published three news stories in 2014 based on exchanges between the journalist and a source, a Canadian man suspected of having joined a terrorist organization in Syria. The articles contained statements by the source that, if true, could provide strong evidence implicating him in multiple terrorism offences. The RCMP successfully applied *ex parte* to the Ontario Court of Justice, under s. 487.014 of the *Criminal Code*, for an order directing Vice Media to produce the screen captures of the messages exchanged with the source. Rather than producing that material, Vice Media brought an application in the Superior Court to quash the order. The reviewing judge dismissed Vice Media’s challenge to the production order, holding that it was open to the authorizing judge to conclude that the media’s interest was outweighed by the public interest in obtaining reliable evidence of very serious terrorism offences. The Court of Appeal dismissed Vice Media’s appeal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Média — Cadre d’analyse applicable aux demandes visant l’obtention de mandats de perquisition et d’ordonnances de communication présentées par la police — Obtention par la police d’une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Le cadre d’analyse actuel offre-t-il une protection suffisante aux médias compte tenu du rôle particulier qu’ils jouent dans une société libre et démocratique? — L’ordonnance de communication a-t-elle été délivrée valablement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit criminel — Ordonnances de communication — Norme de contrôle — Préavis — Obtention par la police d’une ordonnance de communication ex parte intimant à un organe de presse et à un journaliste de remettre des messages échangés par messagerie texte instantanée avec un individu soupçonné de terrorisme — Norme de contrôle applicable aux ordonnances de communication et à d’autres ordonnances d’investigation en lien avec les médias — Y a-t-il lieu d’imposer une obligation présumée de signifier un avis lorsque la police sollicite une ordonnance de communication ou un mandat de perquisition en lien avec un média? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 487.014.

Un organe de presse et un de ses journalistes (ensemble, « Média Vice ») ont écrit et publié trois articles en 2014 fondés sur les échanges entre le journaliste et une source, un Canadien soupçonné d’avoir rallié une organisation terroriste en Syrie. Les articles faisaient état de déclarations de la source qui, si elles s’avèrent exactes, pourraient fournir des éléments de preuve solide de sa participation à de multiples infractions terroristes. La GRC a sollicité *ex parte* et obtenu une ordonnance de la Cour de justice de l’Ontario en application de l’art. 487.014 du *Code criminel*, pour qu’il soit intimé à Média Vice de produire les captures d’écran des messages échangés avec la source. Plutôt que de produire ces documents, Média Vice a présenté une demande à la Cour supérieure pour que l’ordonnance soit annulée. Le juge chargé de la révision a rejeté la contestation de l’ordonnance de communication par Média Vice, concluant que le juge saisi de la demande pouvait statuer que l’intérêt du public dans l’obtention d’éléments de preuve fiables attestant de la perpétration d’infractions très sérieuses de terrorisme l’emportait sur l’intérêt du média. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par Média Vice.

Held: The appeal should be dismissed. The production order was properly issued and should be upheld.

Per Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.: The framework set out in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and its companion case, *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, continues to provide a suitable model for considering applications for search warrants and production orders relating to the media and provides adequate protection to the media and the special role it plays in Canadian society. However, certain aspects of that framework should be refined: its factors should be reorganized; the effect of prior partial publication of the materials sought should be assessed on a case-by-case basis; and a modified standard of review should be adopted when reviewing an order related to the media that was made *ex parte*.

The *Lessard* framework, which seeks to balance the state's interest in the investigation and prosecution of crime and the media's right to privacy in gathering and disseminating the news, sets out nine factors for judges to consider when determining whether to issue a search warrant relating to the media. These factors should be reorganized to make them easier to apply in practice. On an application for a production order against the media, a four-part analysis should be applied: (1) the authorizing judge must consider whether to exercise his or her discretion to require notice to the media; (2) all statutory preconditions must be met; (3) the authorizing judge must balance the state's interest in the investigation and prosecution of crimes and the media's right to privacy in gathering and disseminating the news; and (4) if the authorizing judge decides to exercise his or her discretion to issue the order, he or she should consider imposing conditions to ensure that the media will not be unduly impeded in the publishing and dissemination of the news.

With respect to the first stage of the analysis, a presumptive notice requirement should not be imposed in situations where the police are seeking a production order in relation to the media. The traditional model of *ex parte* applications gives effect to the language of the *Criminal Code* and to this Court's decision in *R. v. National Post*,

Arrêt : L'appel est rejeté. L'ordonnance de communication a été rendue comme il se doit et sa validité devrait être confirmée.

Le juge Moldaver et les juges Gascon, Côté, Brown et Rowe : Le cadre d'analyse énoncé dans *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et la cause connexe, *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, constitue encore un modèle convenable pour juger du bien-fondé des demandes visant l'obtention de mandats de perquisition et d'ordonnances de communication en lien avec les médias et protège adéquatement les médias et le rôle particulier qu'ils jouent dans la société canadienne. Cependant, certains aspects de ce cadre doivent être précisés : ses facteurs doivent être réorganisés; l'effet d'une publication partielle antérieure des renseignements doit être évalué au cas par cas; et une version modifiée de la norme de contrôle doit être adoptée lors de l'examen d'une ordonnance rendue *ex parte* en lien avec un média.

Le cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, qui vise à mettre en balance l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations, dresse une liste de neuf facteurs dont les juges doivent tenir compte lorsqu'ils décident s'ils doivent délivrer un mandat de perquisition en lien avec les médias. Ces facteurs doivent être réorganisés pour en faciliter l'application en pratique. Pour trancher une demande relative à une ordonnance de communication en lien avec un média, il faut procéder à une analyse en quatre étapes : (1) le juge saisi de la demande doit établir s'il y a lieu qu'il exige, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé; (2) toutes les conditions légales préalables doivent être réunies; (3) le juge saisi de la demande doit mettre en balance l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d'une part, et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d'autre part; et (4) si le juge saisi de la demande décide de décerner l'ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il doit envisager d'assortir celle-ci de conditions pour que le média ne soit pas indûment empêché de publier et de diffuser les informations.

En ce qui a trait à la première étape de l'analyse, il n'y a pas lieu d'imposer une obligation présumée de signifier un avis dans les situations où les services de police sollicitent une ordonnance de communication en lien avec un média. Le modèle traditionnel de demandes *ex parte* donne effet au texte du *Code criminel* et à la

2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477. The *Criminal Code* permits *ex parte* applications for production orders, subject to the authorizing judge's overriding discretion to require notice where he or she deems appropriate. Absent urgency or other circumstances that justify proceeding *ex parte*, the authorizing judge may find it desirable to require that notice be given to the media, especially if he or she considers that more information is necessary to properly balance the rights and interests at stake. However, that conclusion is not mandatory. The police should show some evidentiary basis for why there is urgency or other circumstances that justify proceeding *ex parte*; bare assertions will not provide a basis for doing so. A broad and unsupported claim that the media is unlikely to cooperate with police or that the media could theoretically put the materials beyond the reach of authorities if notice were to be given should not suffice.

In performing the balancing exercise at the third stage of the analysis, the authorizing judge should consider all of the circumstances, including, but not limited to, the likelihood and extent of any potential chilling effects; the scope of the materials sought by the police and whether the order sought is narrowly tailored; the likely probative value of the materials; whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, whether the police have made all reasonable efforts to obtain the information from those sources; the effect of prior partial publication of the materials sought; and more broadly, the vital role that the media plays in the functioning of a democratic society and the fact that the media will generally be an innocent third party. The decision as to whether to grant the order sought is discretionary, and the relative importance of the various factors guiding that discretion will vary from case to case. Although chilling effects cannot be overlooked, they should not be presumed in all cases regardless of the circumstances; rather, the existence and extent of any potential chilling effects should be assessed on a case-by-case basis. Further, the distinction between confidential and non-confidential sources should not be erased. Additionally, a strict necessity test for production orders should not be imposed. While probative value may be a relevant consideration, requiring the police to demonstrate that a production order is necessary to secure a conviction would effectively transform the production order application into a trial of the alleged

décision de la Cour dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477. Le *Code criminel* permet de présenter une demande *ex parte* afin d'obtenir une ordonnance de communication, sous réserve du pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge saisi de la demande qui peut exiger qu'un avis soit donné lorsqu'il le juge approprié. En l'absence de situations d'urgence ou d'autres circonstances qui peuvent justifier la procédure *ex parte*, le juge saisi de la demande peut fort bien conclure qu'il est préférable d'aviser le média, surtout s'il ou elle considère qu'il serait nécessaire de disposer de plus de renseignements pour mettre correctement en balance les droits et intérêts en jeu. Le juge n'est toutefois pas tenu de tirer une telle conclusion. Les policiers doivent faire état de certains éléments de preuve qui expliquent pourquoi il y a une situation d'urgence ou d'autres circonstances qui justifient la tenue d'une audience *ex parte*; de simples affirmations ne sauraient servir de fondement pour ce faire. Une allégation générale et non étayée selon laquelle il est improbable que le média coopère avec les services de police ou qu'il puisse théoriquement mettre les renseignements hors de portée des autorités si un avis est donné ne devrait pas être suffisante.

Lorsqu'il procède à la mise en balance prévue à la troisième étape de l'analyse, le juge saisi de la demande doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris, notamment, la probabilité qu'il y ait des effets dissuasifs et l'étendue de ceux-ci, le cas échéant; la portée des renseignements demandés par la police et la question de savoir si l'ordonnance demandée est formulée de façon restrictive; la valeur probante éventuelle des renseignements; la question de savoir s'il existe d'autres sources desquelles les renseignements peuvent raisonnablement être obtenus et, dans l'affirmative, si les services de police ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources; l'effet de la publication partielle antérieure des renseignements demandés; et, de façon plus générale, le rôle vital que jouent les médias dans le fonctionnement d'une société démocratique et le fait qu'ils sont généralement des tiers innocents. La décision de décerner ou non l'ordonnance relève d'un pouvoir discrétionnaire, et l'importance relative des divers facteurs guidant l'exercice de ce pouvoir variera d'une affaire à l'autre. Même s'il ne faut pas négliger les effets dissuasifs, il ne faudrait pas simplement présumer qu'il s'en produirait dans tous les cas, quelles que soient les circonstances; l'existence et l'étendue de tout effet éventuel de cette nature devraient être évaluées au cas par cas. De plus, il ne faut pas écarter la distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas. Qui plus est, le critère de stricte nécessité

offence on the merits and would seriously undermine the ability of the police to investigate and gather evidence of potential criminality.

Rather than being assessed as an independent factor to be considered on its own, prior partial publication of the information sought should now be treated as part of the overall *Lessard* balancing exercise. While prior partial publication was considered in *Lessard* as a factor that always militates in favour of granting an order, the effect of prior partial publication should now be assessed on a case-by-case basis. Prior partial publication should not necessarily lessen the degree of protection afforded to the unpublished materials, since permitting state access to these materials still interferes with the media's right to privacy in gathering and disseminating the news and compelled production of these materials may still cause chilling effects. In determining the effect of prior partial publication, the authorizing judge should consider all the circumstances, including the nature of the materials (both published and unpublished) and how much of the full body of materials has already been published. This more nuanced approach adds greater flexibility to the *Lessard* framework and permits a more contextual inquiry.

The standard of review to be applied to *ex parte* production orders targeting the media should be a modified version of the standard set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. The traditional *Garofoli* approach, namely, whether in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review, the latter could have granted the authorization, is highly deferential and, in some cases, works unfairness due to absence of the media at the authorization stage. In such circumstances, the authorizing judge would have performed the *Lessard* analysis without having fully weighed both sides of the scale. A decision made without having considered all of the relevant information that could reasonably have affected the outcome cannot rightly be shown deference, and therefore a fresh weighing by the reviewing judge is justified. Thus, the following test should be applied: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge's opinion, could reasonably have affected

ne doit pas être imposé. Même si la valeur probante peut être un facteur pertinent, exiger que les policiers démontrent qu'une ordonnance de communication est nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité transformerait en fait la demande de communication en un procès sur le fond de l'infraction reprochée et entraverait grandement la capacité de la police à mener une enquête et à obtenir des éléments de preuve à l'égard de possibles crimes.

Plutôt que de considérer la publication partielle antérieure des renseignements demandés comme un facteur indépendant, il faut désormais la considérer comme un aspect du critère global de mise en balance établi dans *Lessard*. Même si, dans cet arrêt, la publication partielle antérieure a été considérée comme un facteur qui milite toujours pour le prononcé de l'ordonnance, il faut évaluer l'effet d'une telle publication au cas par cas. Elle ne devrait pas nécessairement réduire la protection accordée aux renseignements non publiés, puisque le fait de permettre à l'État d'avoir accès à ce type de renseignements entrave toujours le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations et que la communication forcée des renseignements non publiés peut toujours causer un effet dissuasif. Pour évaluer l'effet de la publication partielle antérieure, le juge saisi de la demande doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris de la nature des renseignements (tant de ceux qui ont été publiés que de ceux qui ne l'ont pas été) et de la portion de l'ensemble complet de renseignements qui a déjà été publiée. Cette approche plus nuancée assouplit le cadre d'analyse établi dans *Lessard* et permet de procéder à une analyse plus contextuelle.

La norme de contrôle applicable aux demandes *ex parte* d'ordonnances de communication en lien avec les médias doit être une version modifiée de celle adoptée dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. La norme traditionnelle établie dans cet arrêt, à savoir si, au vu du dossier qui a été soumis au juge saisi de la demande étoffé lors de la révision, le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, commande une grande déférence et, dans certains cas, crée des injustices en raison de l'absence des médias au stade de l'autorisation. Dans ces circonstances, ce juge saisi de la demande aurait effectué l'analyse énoncée dans *Lessard* sans avoir pleinement mis en balance les différents intérêts en jeu. Une décision qui a été prise sans que tous les renseignements pertinents raisonnablement susceptibles d'avoir une incidence sur le résultat n'aient été examinés ne peut à bon droit être traitée avec déférence; il est donc justifié, dans ces circonstances, que le juge chargé de la révision procède à une nouvelle mise en

the authorizing judge's decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement, then the traditional *Garofoli* standard will apply. Where the media was given notice and appeared before the authorizing judge, there is generally good reason to apply the traditional *Garofoli* standard on review, since permitting a *de novo* review may do little more than add unnecessary time and expense.

Applying the refined *Lessard* framework to the facts of this case, the production order should not be set aside. First, it was open to the authorizing judge to proceed *ex parte* and decline to exercise his discretion to require notice. The authorizing judge was justified in relying on the police's explanation for seeking the order *ex parte*, which included the risk that Vice Media could move the materials beyond the reach of Canadian courts if alerted to the police's interest in the material. Vice Media did not point to any information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision to issue the order. Accordingly, the traditional *Garofoli* standard of review applies. Second, the statutory pre-conditions for the issuance of a production order were satisfied. Notably, the evidence of the police provided reasonable grounds to believe that (1) the source had committed certain offences; (2) Vice Media had in its possession the materials sought; and (3) those materials would afford evidence respecting the commission of the alleged offences. Third, based on the record, it was open to the authorizing judge in conducting the *Lessard* balancing exercise to conclude that the state's interest in the investigation and prosecution of crime outweighed the media's right to privacy in gathering and disseminating the news. Even on a *de novo* review, the order was properly granted. Disclosure of the materials sought would not reveal a confidential source; no "off the record" or "not for attribution" communications would be disclosed; there is no alternative source through which the materials sought may be obtained; the source used the media to publicize his activities with a terrorist organization as a sort of spokesperson on its behalf; and the state's interest in investigating and prosecuting allegations of serious terrorism offences weighs heavily in the balance. Fourth, the authorizing judge imposed adequate terms in the production order, providing Vice Media with ample time to comply with the order. Vice Media thus had sufficient

balance. Ainsi, il faut appliquer le test suivant : si le média expose des renseignements qui n'ont pas été portés à la connaissance du juge saisi de la demande et qui, selon le juge chargé de la révision, auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision du premier juge de délivrer l'ordonnance, le média aura droit à une révision *de novo*. Si, par contre, le média ne respecte pas cette exigence minimale, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s'appliquera. Lorsque le média a reçu un avis et comparu devant le juge saisi de la demande, il existe généralement de bonnes raisons d'appliquer la norme de contrôle *Garofoli* traditionnelle puisque permettre une révision *de novo* ne ferait guère plus qu'ajouter des délais et des dépenses indus.

En appliquant aux faits de la présente cause le cadre d'analyse établi dans *Lessard* et désormais peaufiné, il appert que l'ordonnance de communication doit être maintenue. Premièrement, le juge saisi de la demande pouvait entendre la demande *ex parte* et, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'exiger l'envoi d'un avis. Le juge chargé de la demande était justifié de se fonder sur les raisons pour lesquelles les policiers ont demandé une audience *ex parte*, soit notamment le risque que Média Vice mette les renseignements hors de la portée des tribunaux canadiens une fois informée de l'intérêt qu'ils suscitent pour les services de police. Média Vice n'a relevé aucun renseignement qui n'a pas été soumis au juge saisi de la demande et qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision de délivrer l'ordonnance. En conséquence, c'est la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* qui s'applique. Deuxièmement, les exigences législatives initiales applicables à la délivrance d'une ordonnance de communication étaient respectées. Plus particulièrement, la preuve présentée par la police fournissait des motifs raisonnables de croire que (1) la source avait commis certaines infractions; (2) Média Vice avait en sa possession les renseignements sollicités; et (3) ces renseignements offriraient des éléments de preuve concernant la perpétration des infractions présumées. Troisièmement, selon le dossier, le juge saisi de la demande pouvait, en procédant à la mise en balance prévue par l'arrêt *Lessard*, conclure que l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leur auteur prévalait sur le droit du média à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations. Même au terme d'un examen *de novo*, il faudrait conclure que l'ordonnance de communication a été décernée à bon droit. La communication des renseignements recherchés ne révélerait pas l'identité d'une source confidentielle; aucune communication faite « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l'anonymat » ne serait divulguée; il n'existe aucune autre source par qui

opportunity to move to have the production order set aside, as it did.

It is neither necessary nor appropriate in this case to formally recognize that freedom of the press enjoys distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*. The appeal can readily be disposed of without rethinking s. 2(b), and the matter was not fully argued by the parties or considered by the courts below.

Finally, this case does not engage the new *Journalistic Sources Protection Act* because the facts arose before the legislation came into force.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Martin J.J.: A strong, independent and responsible press ensures that the public's opinions about its democratic choices are based on accurate and reliable information. This is not a democratic luxury — there can be no democracy without it. Section 2(b) of the *Charter* contains a distinct constitutional press right which protects the media's core expressive functions — its right to gather and disseminate information for the public benefit without undue interference. The press enjoys this constitutional protection, not only because “freedom of the press and other media” is specifically mentioned in the text of s. 2(b), but also because of its distinct and independent role.

Strong constitutional safeguards against state intrusion are a necessary precondition for the press to perform its essential democratic role effectively. A vigorous, rigorous, and independent press holds people and institutions to account, uncovers the truth, and informs the public. It further provides the public with the information it needs to engage in informed debate.

Given the media's unique role, the purpose underlying protection for the press in s. 2(b) is related to, but separate from, the broader guarantee of freedom of expression.

il serait possible d'obtenir les renseignements demandés; la source a utilisé le média, en tant en quelque sorte que porte-parole pour elle, afin de rendre publiques ses activités auprès d'un groupe terroriste; et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes allégués d'infractions graves de terrorisme et à poursuivre leur auteur pèse lourd dans la balance. Quatrièmement, le juge saisi de la demande a assorti l'ordonnance de communication de conditions adéquates, qui donnaient à Média Vice amplement de temps pour se conformer à l'ordonnance, ce qui lui laissait suffisamment l'occasion de chercher à faire annuler l'ordonnance de communication, comme elle l'a d'ailleurs fait.

Il n'est ni nécessaire ni approprié en l'espèce de reconnaître officiellement que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes l'al. 2b) de la *Charte*. Le présent pourvoi peut être facilement tranché sans repenser l'al. 2b), et la question n'a pas été pleinement débattue par les parties ou examinée par les tribunaux d'instances inférieures.

Enfin, la présente affaire ne met pas en cause la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, parce que les faits se sont produits avant son entrée en vigueur.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Martin : Une presse forte, indépendante et responsable garantit que les opinions du public quant à ses choix démocratiques soient fondées sur des renseignements exacts et fiables. Cela n'est pas un luxe démocratique — il ne peut y avoir de démocratie sans elle. L'alinéa 2b) de la *Charte* traite d'un droit constitutionnel distinct pour la presse, qui protège ses fonctions essentielles d'expression — sa capacité de recueillir et de diffuser des renseignements pour le bien public, sans ingérence indue. La presse jouit de cette protection constitutionnelle non seulement parce que « la liberté de la presse et des autres moyens de communication » est spécifiquement nommée dans le texte de l'al. 2b), mais également en raison de son rôle distinct et indépendant.

Des garanties constitutionnelles fortes contre les intrusions de l'État sont des conditions préalables nécessaires pour que la presse puisse exercer efficacement son rôle démocratique essentiel. Une presse vigoureuse, rigoureuse et indépendante tient les individus et les institutions responsables, découvre la vérité et informe le public. Elle fournit en outre au public l'information dont il a besoin pour participer à un débat éclairé.

Compte tenu du rôle unique joué par les médias, l'objet sous-jacent de la protection de la presse prévue à l'al. 2b) a un lien avec la protection plus large de la liberté

When the state seeks access to information in the hands of the media through a production order, both the press' s. 2(b) rights and s. 8 *Charter* privacy rights are engaged. A rigorously protective harmonized analysis is therefore required.

The press' s. 2(b) right includes not only the right to transmit news and other information, but also the right to gather this information without undue interference from government. Section 2(b)'s press and media guarantee includes protection for journalistic work product, such as a reporter's personal notes, recordings of interviews, or source contact lists. It also includes protecting communications with confidential sources as well as those whose comments are "off the record" or "not for attribution". And it includes protecting the journalist's documentation of his or her investigative work. These are the indispensable tools which help the press gather, assess and disseminate information.

This Court previously set out the approach for how s. 8 applies to production orders when the target is the press in *Lessard* and its companion case, *New Brunswick*. In these cases, the Court held that there must be a balancing of the constitutional s. 8 privacy rights of the press with the interests of the state in investigating crime. Both cases were decided on the assumption that although the press had enhanced privacy interests under s. 8, there was no distinct role for the press' s. 2(b) rights.

An approach based solely on s. 8 privacy rights is no longer sustainable. Recognizing a distinct press guarantee in s. 2(b) of the *Charter* means that the press is no longer just the "backdrop" referred to in *New Brunswick*. An independent, distinct protection for the press in s. 2(b) requires an approach that explicitly addresses those rights, as well as the s. 8 privacy rights. The fact that *both* constitutional rights for the press are engaged suggests a new harmonized analysis, in which the press' right to be secure against unreasonable search and seizure *as well* as its right to be protected from undue interference with legitimate newsgathering activities, are explicitly taken into account.

d'expression, tout en étant distinct d'elle. Lorsque l'État sollicite, au moyen d'une ordonnance de communication, l'accès à des renseignements qui sont entre les mains des médias, les droits garantis à la presse par l'al. 2b) ainsi que ses droits au respect de la vie privée, protégés par l'art. 8 de la *Charte*, entrent en jeu. Il faut donc procéder à une analyse harmonisée rigoureusement protectrice.

Le droit de la presse protégé par l'al. 2b) comprend non seulement le droit de transmettre des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de collecter cette information sans l'intervention indue du gouvernement. La protection de la liberté de la presse et des médias prévue à l'al. 2b) comprend la protection du produit du travail journalistique, comme les notes personnelles d'un journaliste, les enregistrements d'entrevues ou les listes de ses sources ainsi que leurs coordonnées. Elle comprend aussi les communications non seulement avec les sources confidentielles, mais aussi avec ceux dont les commentaires ont été faits « à titre confidentiel » ou « sous réserve d'anonymat ». Elle inclut en outre la protection de la documentation du journaliste relative à son travail d'enquête. Il s'agit d'outils indispensables pour aider la presse à recueillir, à évaluer et à diffuser l'information.

La Cour a déjà établi, dans l'arrêt *Lessard* et dans la décision connexe *Nouveau-Brunswick*, la façon dont l'art. 8 s'applique aux ordonnances de communication lorsque la cible est la presse. Dans ces jugements, la Cour a statué qu'il faut établir un équilibre entre le droit protégé par l'art. 8 de la *Charte* à la vie privée du média et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes. Les deux causes ont été décidées en partant de l'hypothèse que même si la presse avait des intérêts accrus en matière de protection de la vie privée suivant l'art. 8, il n'y avait pas de rôle distinct pour le droit de la presse protégé par l'al. 2b).

Une approche fondée uniquement sur le droit à la vie privée prévu à l'art. 8 n'est plus viable. La reconnaissance d'une protection distincte pour la presse à l'al. 2b) de la *Charte* signifie qu'elle ne serait plus seulement la « toile de fond » dont il était question dans *Nouveau-Brunswick*. Une protection indépendante et distincte pour la presse découlant de l'al. 2b) exige une approche qui viserait explicitement ces droits, ainsi que les droits à la vie privée que garantit l'art. 8. Le fait que les *deux* droits constitutionnels de la presse soient engagés suggère qu'il faille adopter une nouvelle analyse harmonisée, dans laquelle on tiendrait compte explicitement du droit de la presse d'être à l'abri des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives *ainsi que* de son droit d'être protégé contre toute ingérence indue dans ses activités légitimes de collecte d'informations.

What is now required is a proportionality inquiry showing that the benefit of the state's interests in obtaining the information outweighs the harmful impact on the press' constitutionally protected s. 8 and s. 2(b) rights. Among the considerations to be weighed by authorizing judges are: the media's reasonable expectation of privacy; whether there is a need to target the press at all; whether the evidence is available from any other source, and if so, whether reasonable steps were taken to obtain it; and whether the proposed order is narrowly tailored to interfere with the press' rights no more than necessary. Generally, the more intrusive the proposed order is on the s. 8 privacy and s. 2(b) rights of the media, the greater the impact on the press' ability to gather and publish the news. And, in turn, the greater the harmful impact on the public's right to know the fruits of the press' activities. An obvious collateral impact on the press of being required to comply with a production order is a chilling effect not only on the particular press being targeted, but on the press generally.

On the other side of the balance, the more serious the crime under investigation, the more cogent the evidence sought and the more urgent the investigative need, the stronger the state's interest will be. While the cogency of the evidence is a relevant consideration, an assessment of whether it is necessary for the Crown to obtain a conviction is not required in evaluating the strength of the state's interest.

Recognizing that s. 2(b) requires a more rigorous approach to authorizations against the press compels clarification of some aspects of the jurisprudence, the first being the relevance of prior publication. One of the media's core functions is the exercise of discretion over what is and is not published, and there is often an expanse of unpublished material behind each published story. State access to the unpublished portion clearly interferes with both privacy and newsgathering. Where part or all of a communication with a journalist was intended or understood to be "off the record", it too is entitled to protection from disclosure requirements. This aligns with the need to protect journalists' source materials even where the identification of a confidential source is not at issue.

Ce qu'il faut désormais, c'est une analyse de la proportionnalité démontrant que le bénéfice que retirerait l'État de l'obtention de l'information l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse protégés constitutionnellement par l'art. 8 et l'al. 2b). Les juges prendraient en considération notamment les facteurs suivants : l'attente raisonnable des médias en matière de respect de la vie privée; s'il est nécessaire de cibler la presse; si la preuve est disponible d'une autre source et, dans l'affirmative, si des mesures raisonnables ont été prises pour l'obtenir; et si l'ordonnance proposée est étroitement adaptée pour ne porter atteinte aux droits de la presse que dans la mesure nécessaire. Généralement, plus l'ordonnance proposée est intrusive à l'égard des droits des médias garantis par l'art. 8 et par l'al. 2b), plus l'impact sur la capacité de la presse de recueillir et de publier les nouvelles est important et, par conséquent, plus l'atteinte au droit du public de connaître les fruits des activités de la presse est grand. Une incidence collatérale évidente du fait que la presse puisse être contrainte de se conformer à une ordonnance de communication est un effet dissuasif non seulement sur l'organe de presse ciblé, mais aussi sur la presse en général.

Le pendant de cet effet dissuasif, c'est que plus le crime faisant l'objet de l'enquête est grave, plus la preuve recherchée est convaincante et plus le besoin d'enquête est urgent, plus l'intérêt de l'État est élevé. Bien que la force probante de la preuve soit une considération pertinente, il ne serait pas approprié d'exiger une évaluation de la nécessité que la Couronne présente les éléments de preuve en cause pour obtenir une déclaration de culpabilité.

Si l'on reconnaît que l'al. 2b) exige d'adopter une approche plus rigoureuse pour autoriser des perquisitions contre la presse, il faut également clarifier certains éléments qui ressortent de la jurisprudence dont, en premier lieu, la pertinence de la publication antérieure. Les médias ont notamment pour fonction principale d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui est publié et ce qui ne l'est pas, et derrière les articles publiés ou les reportages diffusés, il y a souvent une quantité importante d'informations qui n'est pas rendue publique. L'accès qu'aurait l'État aux renseignements non publiés serait clairement une ingérence tant dans la vie privée du média que dans ses activités de collecte d'informations. Lorsqu'une partie ou la totalité d'une communication avec un journaliste était destinée à être faite « à titre confidentiel » ou comprise comme devant être telle, elle aussi a droit à une protection contre les exigences en matière de communication. Cette vision est conforme à la nécessité de protéger l'information fournie par les sources des journalistes même lorsque l'identification d'une source confidentielle n'est pas en litige.

Finally, this Court has interpreted provisions similar to s. 487.014(1) of the *Criminal Code* to permit, but not require, *ex parte* proceedings. There are strong rationales for requiring notice to the press in cases like this. If the authorizing judge lacks evidence and submissions from the party exclusively in possession of the information needed for the balancing — the innocent media third party whose s. 2(b) rights are engaged — there is nothing to balance. While the issue of notice is ultimately a matter within the discretion of the authorizing judge, it is highly preferable in most cases to proceed on notice to the media. Where there are exigent circumstances or a real risk of the destruction of evidence, notice may not be feasible, but these cases will be rare.

The orthodox approach for reviewing production orders set out in *Garofoli* was not designed to scrutinize whether s. 2(b) *Charter* rights were sufficiently protected. In proceedings where the press is involved, and there has been no notice before the authorizing judge, the press will not have had the opportunity to explain how the order would interfere with its work until after the authorization is made. In such cases, the press is entitled to a *de novo* balancing on the review. If, on the other hand, the press was present and able to make its case before the authorizing judge, the more deferential *Garofoli* approach would be justified.

In this case, the production order strikes a proportionate balance between the rights and interests at stake. The order is narrowly tailored, targeting only the journalist's communications with the source, and those communications are not available from any other source. The suggestion that the production order would interfere with Vice Media's newsgathering and publication functions shrivels in a context where the source was not a confidential one and wanted everything he said to be made public. Crucially, there is no suggestion that anything the source said was intended or understood to be "off the record". The journalist's own conduct shows that the relationship was not confidential in any way. Accordingly, the benefit of the state's interest in obtaining the messages outweighs any harm to Vice Media's rights.

Finalement, la Cour a interprété des dispositions similaires au par. 487.014(1) du *Code criminel* pour qu'elles permettent, mais pas pour qu'elles exigent, la tenue de procédures *ex parte*. Il existe de bonnes raisons pour exiger que la presse soit avisée dans de tels cas. Si le juge saisi de la demande n'a pas été informé par la partie qui est la seule à disposer — le média tiers innocent dont les droits protégés par l'al. 2b) sont en cause — de certains éléments de preuve ou de certaines allégations dont il a besoin pour mettre en balance les différents intérêts en cause, il n'aura rien à mettre en balance. Bien que la question de l'avis soit ultimement une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, il est nettement préférable dans la plupart des cas d'aviser le média. Dans les rares cas où il existe des circonstances qui l'exigent ou un risque réel de destruction d'éléments de preuve, l'envoi d'un avis pourrait ne pas être possible.

L'approche traditionnelle pour réviser les ordonnances de communication énoncée dans *Garofoli* n'a pas été conçue pour examiner si les droits visés à l'al. 2b) de la *Charte* avaient été suffisamment protégés. Dans les procédures auxquelles elle prend part sans avoir été avisée de la demande dont le juge est saisi, la presse n'aura pas eu l'occasion avant que l'autorisation soit accordée d'expliquer comment l'ordonnance interférerait avec son travail. Dans de tels cas, la presse a droit à ce qu'une *nouvelle* mise en balance soit faite dans le contexte de la révision. Si, par contre, la presse était présente et a eu l'occasion de présenter sa thèse au juge saisi de la demande, il serait justifié d'adopter l'approche plus déférente établie dans *Garofoli*.

En l'espèce, l'ordonnance de communication représente une mise en balance proportionnée des droits et intérêts en jeu. L'ordonnance a une portée limitée et vise uniquement les communications entre le journaliste et la source, communications que ne peut fournir aucune autre source. La suggestion selon laquelle l'ordonnance de communication interférerait avec les fonctions de collecte des renseignements et de diffusion des nouvelles de Média Vice perd de son importance dans un contexte où la source n'était pas confidentielle et souhaitait que tous ses propos soient rendus publics. Fait crucial, rien ne suggère que tout ce que la source a dit était destiné à être révélé « à titre confidentiel » ou compris comme tel. La conduite du journaliste lui-même illustre que la relation n'était aucunement confidentielle. En conséquence, les avantages pour l'intérêt de l'État à obtenir les messages l'emportent sur le préjudice causé aux droits de Média Vice.

Cases Cited

By Moldaver J.

Modified: *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; **applied:** *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609.

By Abella J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Goodwin v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. 123; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Nagla v. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC); *R. (Miranda) v. Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWCA Civ 6, [2016] 1 W.L.R. 1505; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney*

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts modifiés : *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; **arrêt appliqué :** *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés :** *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096; *Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978); *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (HUDOC); *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Nagla c. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC); *R. (Miranda) c. Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWCA Civ 6, [2016] 1 W.L.R. 1505; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *R.*

General), [1999] 1 S.C.R. 743; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *World Bank Group v. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.1(1) “journalistic source”, “journalist”.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.18, 83.2, 487.014 [ad. 2014, c. 31, s. 20; formerly s. 487.012], 487.0193(1), (4), 488.02(3).
Journalistic Sources Protection Act, S.C. 2017, c. 22.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 10.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated July 2018, release 2).
 Cameron, Jamie. *Section 2(b)'s Other Fundamental Freedom: The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (online: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1270&context=clpe>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC53_1_eng.pdf).
 Chan, Gerald. “Transparency Confined to the Courthouse: A Critical Analysis of *Criminal Lawyers' Assn., C.B.C. and National Post*” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169.
 Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2018, release 58).
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).
 Oliphant, Benjamin. “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*. Québec: Publications du Québec, 2017.

c. S.A.B., 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, 2016 CSC 15, [2016] 1 R.C.S. 207; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.18, 83.2, 487.014 [aj. 2014, c. 31, art. 20; auparavant art. 487.012], 487.0193(1), (4), 488.02(3).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39.1(1) « source journalistique », « journaliste ».
Loi sur la protection des sources journalistiques, L.C. 2017, c. 22.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 10.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1998 (loose-leaf updated July 2018, release 2).
 Cameron, Jamie. *Section 2(b)'s Other Fundamental Freedom : The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (en ligne : <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1270&context=clpe>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC53_1_eng.pdf).
 Chan, Gerald. « Transparency Confined to the Courthouse : A Critical Analysis of *Criminal Lawyers' Assn., C.B.C. and National Post* » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169.
 Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2018, release 58).
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).
 Oliphant, Benjamin. « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283.
 Québec. *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport*, Québec, Publications du Québec, 2017.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Hoy A.C.J.O. and Doherty and Miller J.J.A.), 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, 412 D.L.R. (4th) 531, 352 C.C.C. (3d) 355, 23 Admin. L.R. (6th) 66, [2017] O.J. No. 1431 (QL), 2017 CarswellOnt 3901 (WL Can.), affirming in part a decision of MacDonnell J., 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, [2016] O.J. No. 1597 (QL), 2016 CarswellOnt 4901 (WL Can.), dismissing applications to quash, vary or revoke a production order and allowing in part an application to set aside a sealing order. Appeal dismissed.

M. Philip Tunley, Iain A. C. MacKinnon and Jennifer P. Saville, for the appellants.

Croft Michaelson, Q.C., and *Sarah Shaikh*, for the respondent.

John Patton and Deborah Krick, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Justin Safayeni, for the interveners the Aboriginal Peoples Television Network, the Advocates in Defence of Expression in Media, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Media Guild/ Communications Workers of America Canada, the Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership and Postmedia Network Inc.

Sean A. Moreman and Katarina Germani, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Faisal Mirza and Yavar Hameed, for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association.

Paul Schabas and Kaley Pulfer, for the interveners the Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, the Reporters Committee for Freedom of the Press, the Media Law Resource Centre, the International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, the Index on Censorship,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (la juge en chef adjointe Hoy et les juges Doherty et Miller), 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, 412 D.L.R. (4th) 531, 352 C.C.C. (3d) 355, 23 Admin. L.R. (6th) 66, [2017] O.J. No. 1431 (QL), 2017 CarswellOnt 3901 (WL Can.), qui a confirmé en partie une décision du juge MacDonnell, 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, [2016] O.J. No. 1597 (QL), 2016 CarswellOnt 4901 (WL Can.), rejetant les demandes d'annulation, de modification ou de révocation d'une ordonnance de communication et accueillant en partie la demande d'annulation d'une ordonnance de mise sous scellés. Pourvoi rejeté.

M. Philip Tunley, Iain A. C. MacKinnon et Jennifer P. Saville, pour les appelants.

Croft Michaelson, c.r., et *Sarah Shaikh*, pour l'intimée.

John Patton et Deborah Krick, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Justin Safayeni, pour les intervenants le Réseau de télévision des peuples autochtones, les Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, l'Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, la Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership et Postmedia Network Inc.

Sean A. Moreman et Katarina Germani, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Faisal Mirza et Yavar Hameed, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans.

Paul Schabas et Kaley Pulfer, pour les intervenants Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World

the Committee to Protect Journalists, the World Association of Newspapers and News Publishers and the International Human Rights Program.

Tae Mee Park, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Brian N. Radnoff and *Rebecca Shoom*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Over 25 years ago, in *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and its companion case *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, this Court established a general framework governing applications by the police for search warrants — and, as recognized in subsequent cases, production orders — relating to the media. This framework, reaffirmed just eight years ago in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, seeks to balance two competing concepts: the state’s interest in the investigation and prosecution of crime, and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news.

[2] The appellants, a media organization and one of its journalists, say that this framework is not working. They claim that, in practice, it serves as nothing more than a “rubber stamp” permitting the police to access materials in the hands of the media. They submit that it must therefore be reformed — perhaps even abandoned entirely — to provide stronger protection for the media and the special role it plays in a free and democratic society. Applying this stronger protection, they maintain that the production order challenged in this case (“Production Order”), which requires them to produce records of communications

Association of Newspapers and News Publishers et International Human Rights Program.

Tae Mee Park, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Brian N. Radnoff et *Rebecca Shoom*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Il y a plus de 25 ans, dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et dans la cause connexe *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, la Cour a énoncé un cadre d’analyse général pour régir les demandes présentées par la police en vue d’obtenir des mandats de perquisition — et, comme il a été reconnu dans des causes subséquentes, des ordonnances de communication — en lien avec les médias. Ce cadre d’analyse, réaffirmé il y a seulement huit ans dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, vise à mettre en balance deux concepts contradictoires : l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations, d’autre part.

[2] Les appelants, un organe de presse et un de ses journalistes, affirment que ce cadre d’analyse ne fonctionne pas. Ils soutiennent que, en pratique, il ne sert qu’à « entériner d’office » les demandes de la police pour lui donner accès à des documents dont les médias ont possession. Selon eux, il est donc nécessaire de modifier ce cadre — voire de carrément l’abandonner — pour mieux protéger les médias ainsi que le rôle particulier qu’ils jouent dans une société libre et démocratique. À leur avis, si une telle protection accrue était appliquée, l’ordonnance de communication contestée en l’espèce

they had with a suspected terrorist, should be set aside.

[3] The respondent, the Crown, sees things differently. It submits that the existing framework adequately protects the media and the special role it plays. Further, it maintains that the Production Order was properly issued in accordance with that framework and should not be set aside.

[4] For reasons that follow, I am of the view that the *Lessard* framework continues to provide a suitable model for considering applications for search warrants and production orders relating to the media. I would, however, refine certain aspects of that framework:

- First, rather than treating prior partial publication as a factor that *always* militates in favour of granting an order, I would assess the effect of prior partial publication on a case-by-case basis.
- Second, with respect to the standard of review to be applied when reviewing an order relating to the media that was made *ex parte*, I would adopt a modified *Garofoli* standard (see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421): if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge's opinion, could reasonably have affected the authorizing judge's decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. Otherwise, the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order.

(« ordonnance de communication »), qui leur intime de produire des relevés de conversations qu'ils ont eues avec un individu soupçonné de terrorisme, devrait être annulée.

[3] L'intimée, la Couronne, voit les choses autrement. Elle soutient que le cadre d'analyse actuel protège adéquatement les médias et le rôle particulier qu'ils jouent. En outre, elle fait valoir que l'ordonnance de communication a été rendue comme il se doit, en conformité avec ce cadre d'analyse, et qu'elle ne devrait pas être annulée.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le cadre d'analyse énoncé dans *Lessard* constitue encore un modèle convenable pour juger du bien-fondé des demandes visant l'obtention de mandats de perquisition et d'ordonnances de communication en lien avec les médias. Je préciserais toutefois certains aspects de ce cadre :

- Premièrement, plutôt que de considérer la publication partielle antérieure comme un facteur qui milite *toujours* pour le prononcé de l'ordonnance, j'évaluerais l'effet d'une telle publication au cas par cas.
- Deuxièmement, en ce qui a trait à la norme de contrôle qu'il convient d'adopter lors de l'examen d'une ordonnance rendue *ex parte* en lien avec un média, j'adopterais une version modifiée de la norme établie dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421 : si le média fait état de renseignements qui n'ont pas été portés à l'attention du juge qui a autorisé la communication, et qui, selon le juge siégeant en révision, auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision du premier juge de rendre l'ordonnance, le média a droit à un examen *de novo*. Sinon, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s'applique, c'est-à-dire que l'ordonnance ne peut être annulée que si le média est en mesure de démontrer — à la lumière du dossier porté à l'attention du premier juge, étoffé de nouveaux éléments durant le contrôle — que le juge qui a autorisé le mandat et la communication ne disposait d'aucun fondement raisonnable pour avoir rendu l'ordonnance.

- Third, I would reorganize the *Lessard* factors to make them easier to apply in practice.

[5] Turning to the case at hand, and applying the refined *Lessard* framework, I would not set aside the Production Order. Here, the state’s interest in investigating and prosecuting the alleged crimes outweighs the appellants’ right to privacy in gathering and disseminating the news. Importantly, disclosure of the materials sought would not reveal a confidential source; no “off the record” or “not for attribution” communications would be disclosed; there is no alternative source through which the materials sought may be obtained; the source used the media to publicize his activities with a terrorist organization and broadcast its extremist views as a sort of spokesperson on its behalf; and the state’s interest in investigating and prosecuting the alleged crimes — which include serious terrorism offences — weighs heavily in the balance. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[6] Before setting out my reasons, I wish to clarify at the outset that this case does not engage the new *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22 (“*JSPA*”), brought into force in October 2017. Among other things, the *JSPA* provides enhanced protections for maintaining the confidentiality of a “journalistic source”¹ and sets out a new framework governing applications for search warrants, production orders, and other orders relating to a “journalist”.² Although, going forward, this new regime will govern production orders relating to “journalists”, even where

¹ “Journalistic source” is defined in s. 39.1(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, as “a source that confidentially transmits information to a journalist on the journalist’s undertaking not to divulge the identity of the source, whose anonymity is essential to the relationship between the journalist and the source”.

² “Journalist” is defined in s. 39.1(1) of the *Canada Evidence Act* as “a person whose main occupation is to contribute directly, either regularly or occasionally, for consideration, to the collection, writing or production of information for dissemination by the media, or anyone who assists such a person”.

- Troisièmement, je réorganiserais les facteurs établis dans *Lessard* pour qu’ils soient plus faciles à appliquer en pratique.

[5] Dans la présente affaire, après avoir appliqué le cadre d’analyse établi dans *Lessard* et désormais peaufiné, je serais d’avis de ne pas annuler l’ordonnance de communication. En l’espèce, l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes présumés et à poursuivre leurs auteurs l’emporte sur le droit des appelants à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations. Fait important, la communication des renseignements recherchés ne révélerait pas l’identité d’une source confidentielle; aucune communication faite « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l’anonymat » ne serait divulguée; il n’existe aucune autre source par qui il serait possible d’obtenir les renseignements demandés; la source s’est servi du média, en quelque sorte comme porte-parole pour elle, afin de rendre publiques ses activités auprès d’un groupe terroriste et de diffuser ses idées extrémistes; et l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes présumés — qui comprennent des infractions graves de terrorisme — et à poursuivre leurs auteurs pèsent lourd dans la balance. En conséquence, je suis d’avis de rejeter l’appel.

[6] Avant d’exposer mes motifs, je souhaite préciser d’emblée que la présente affaire ne met pas en cause la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22 (« *LPSJ* »), entrée en vigueur en octobre 2017. Cette loi confère notamment des protections accrues pour le maintien de la confidentialité d’une « source journalistique »¹ et énonce un nouveau cadre d’analyse pour régir les demandes de mandats de perquisition, les ordonnances de communication ainsi que les autres ordonnances relatives à un « journaliste »². Même

¹ Le terme « source journalistique » est défini au par. 39.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, comme une « Source qui transmet confidentiellement de l’information à un journaliste avec son engagement, en contrepartie, de ne pas divulguer l’identité de la source, dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source ».

² Le terme « journaliste » est défini au par. 39.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme une « Personne dont l’occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d’informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne ».

no confidential source is involved, the facts in this case arose before the *JSPA* was brought into force, and therefore it does not apply. Accordingly, these reasons deal with the statutory and common law framework standing separate and apart from the *JSPA*. Given that the legal landscape in this area has changed and now has a new and untested statutory component, and bearing in mind the lack of any real merit to the argument that, on the facts of this case, the Production Order should be set aside, I am of the view that we should adopt a narrow approach that is restricted to the issues raised by the parties both here and in the courts below.

II. Facts

[7] My colleague has summarized the relevant facts and judicial history in her reasons, and I see no need to duplicate her efforts. I will refer to the facts only as necessary to develop a particular issue. However, to briefly summarize, Vice Media Canada Inc. (“Vice Media”) is a company that produces stories and content on a number of multimedia platforms. In 2014, one of its reporters, Ben Makuch (together with Vice Media, the “appellants”), began exchanging with a Canadian man suspected of having joined the Islamic State of Iraq and Syria (“ISIS”), Farah Mohamed Shirdon, through an instant text messaging application, Kik messenger. Based on these exchanges, Mr. Makuch wrote three news stories and Vice Media published the articles. The RCMP sought and obtained the Production Order, which directed the appellants to hand over screen captures of Mr. Makuch’s exchanges with Mr. Shirdon. The appellants unsuccessfully challenged the Production Order in the courts below and now appeal to this Court.

si, à l’avenir, ce nouveau régime dictera comment traiter des ordonnances de communication relatives à des « journalistes », et ce, même lorsqu’il ne sera pas question de sources confidentielles, les faits de la présente cause se sont produits avant l’entrée en vigueur de la *LPSJ*, qui ne s’applique donc pas. En conséquence, les présents motifs traitent du cadre juridique légal et de common law distinct de celui établi par la *LPSJ*. Comme le paysage juridique dans ce domaine a changé et qu’il existe maintenant un nouvel élément législatif qui n’a pas fait l’objet d’un examen judiciaire, et compte tenu de l’absence de fondement à l’argument selon lequel, suivant les faits de la présente affaire, l’ordonnance de communication devrait être annulée, je suis d’avis que nous devons adopter une approche étroite qui se limite aux questions soulevées par les parties ici et devant les tribunaux d’instances inférieures.

II. Faits

[7] Ma collègue a résumé les faits pertinents ainsi que l’historique judiciaire de la cause dans ses motifs; je ne vois pas l’utilité de dupliquer ses efforts. Je ne ferai donc référence aux faits que lorsque cela sera nécessaire pour traiter d’une question en particulier. Cela dit, pour résumer, Média Vice Canada Inc. (« Média Vice ») est une compagnie qui produit des histoires et du contenu sur un grand nombre de plateformes multimédias. En 2014, un de ses journalistes, Ben Makuch (conjointement avec Média Vice, les « appelants »), a commencé à communiquer avec un Canadien soupçonné d’avoir rallié l’État islamique de l’Irak et de la Syrie (« DAECH »), Farah Mohamed Shirdon, au moyen d’une application de messagerie texte instantanée, Kik Messenger. En se fondant sur ces échanges, M. Makuch a écrit trois articles qu’a publiés Média Vice. La GRC a sollicité et obtenu une ordonnance de communication qui intimait aux appelants de lui remettre les captures d’écran des échanges qu’avait eus M. Makuch avec M. Shirdon. La tentative des appelants de contester l’ordonnance de communication a échoué devant les cours d’instances inférieures. Ils interjettent maintenant appel devant la Cour.

III. Issues

[8] This appeal raises four main issues:

- (1) Should the *Lessard* framework be reformed?
- (2) Where the police are seeking a production order relating to the media, should a presumptive notice requirement be imposed?
- (3) What is the standard of review to be applied on review of a production order relating to the media?
- (4) Should the Production Order be set aside?

IV. Analysis

A. *Should the Lessard Framework Be Reformed?*

[9] The main jurisprudential question on appeal can be stated simply: does the *Lessard* framework provide adequate protection to the media and the special role it plays in Canadian society, or does it need to be reformed or perhaps even abandoned? To answer this question, I consider it necessary to first review the three key precedents that have shaped this area of the law: *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*.

(1) *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*

[10] In both *Lessard* and *New Brunswick*, Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) reporters captured video footage of individuals engaging in what appeared to be criminal activity; in *Lessard*, occupying and damaging a post office building in Pointe-Claire, Quebec; in *New Brunswick*, throwing Molotov cocktails at a guardhouse in St-Quentin, New Brunswick, setting it aflame. Parts of the footage were broadcast on television. The police subsequently applied for search warrants permitting them

III. Questions en litige

[8] Le présent appel soulève principalement quatre questions :

- (1) Le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* devrait-il être modifié?
- (2) Lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, faudrait-il imposer une exigence présumée de signifier un avis?
- (3) Quelle est la norme de contrôle applicable à l’examen d’une ordonnance de communication en lien avec un média?
- (4) L’ordonnance de communication devrait-elle être annulée?

IV. Analyse

A. *Le cadre d’analyse énoncé dans Lessard devrait-il être modifié?*

[9] La principale question jurisprudentielle en appel peut être formulée simplement : le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* offre-t-il une protection suffisante aux médias ainsi qu’au rôle particulier qu’ils jouent dans la société canadienne, ou a-t-il besoin d’être modifié, voire abandonné? Pour répondre à cette question, j’estime qu’il est nécessaire de commencer par examiner les trois précédents clés qui ont façonné ce domaine du droit : *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*.

(1) *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*

[10] Tant dans l’arrêt *Lessard* que dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick*, des journalistes de la Société Radio-Canada (« SRC ») avaient filmé sur bande vidéo des individus impliqués dans ce qui semblait être une activité criminelle : dans *Lessard*, ces individus avaient occupé et causé des dommages à un bureau de poste à Pointe-Claire, au Québec; dans *Nouveau-Brunswick*, ils avaient lancé des cocktails Molotov sur un poste de garde à St-Quentin, au Nouveau-Brunswick, y mettant ainsi le feu. Une partie des

to search CBC's premises and seize the tapes in their entirety — both aired and unaired footage.

[11] In *Lessard*, the information to obtain submitted in support of the application contained nothing from which the authorizing justice of the peace could determine whether there was an alternative source of information, and if so, whether the police had taken reasonable steps to obtain the information from that source. In the information in *New Brunswick*, the police explained that while alternative sources existed, they either provided insufficient evidence or were unavailable or unwilling to testify.

[12] In both cases, the search warrants were granted and the tapes seized. CBC then applied to have the warrants set aside. In *Lessard*, CBC failed initially but succeeded on appeal. In *New Brunswick*, it was the opposite. The parties then appealed to this Court.

[13] This Court undertook the delicate task of fashioning a framework for determining whether an application for a search warrant relating to the media should be granted, having regard to both the right to be free from unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) — that is, a framework for “assess[ing] s. 8 reasonableness in a s. 2(b) context” (*National Post*, at para. 79). Underlying this framework is the recognition that the media plays a special role in a free and democratic society and as such, investigative orders relating to the media raise unique concerns.

[14] In both *Lessard* and *New Brunswick*, the special status accorded to the media was front and centre in Cory J.'s majority reasons. In *Lessard*, he stated that “the media are entitled to particularly careful

bandes vidéo avaient été diffusées à la télévision. La police avait subséquemment sollicité des mandats de perquisition qui les autoriseraient à fouiller les locaux de la SRC et à saisir la totalité des bandes vidéo — soit à la fois les passages qui avaient été diffusés et ceux qui ne l'avaient pas été.

[11] Dans *Lessard*, la dénonciation soumise au soutien de la demande ne contenait aucune indication qui aurait permis au juge de paix d'établir s'il existait une autre source d'information et, le cas échéant, si la police avait pris des mesures raisonnables pour obtenir l'information de cette source. En revanche, dans *Nouveau-Brunswick*, la police avait expliqué dans la dénonciation qu'il existait d'autres sources de renseignements, mais qu'elles fournissaient des éléments de preuve insuffisants, qu'elles n'étaient pas disponibles ou qu'elles ne voulaient pas témoigner.

[12] Dans les deux causes, les mandats de perquisition ont été délivrés et les bandes vidéo saisies. La SRC a ensuite demandé l'annulation des mandats. Dans *Lessard*, les démarches de la SRC ont échoué avant d'être couronnées de succès en appel. Dans *Nouveau-Brunswick*, c'est l'inverse qui s'est produit. Les parties ont ensuite interjeté appel devant la Cour.

[13] La Cour s'est attelée à la tâche délicate de concevoir un cadre d'analyse pour décider si une demande de mandat de perquisition en lien avec un média devrait être accueillie, compte tenu à la fois du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives protégé par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) — c'est-à-dire, pour « encadrer [. . .] l'analyse du caractère abusif au sens de l'art. 8 dans le contexte de l'application de l'al. 2b) » : *National Post*, par. 79. Ce cadre tient compte implicitement du rôle particulier que jouent les médias dans une société libre et démocratique et, de ce fait, il prévoit que les ordonnances en lien avec les médias et relatives à des enquêtes soulèvent des préoccupations particulières.

[14] Tant dans *Lessard* que dans *Nouveau-Brunswick*, le statut particulier accordé aux médias était à l'avant-plan des motifs majoritaires du juge Cory. Dans *Lessard*, il a affirmé que les « médias

consideration, both as to the issuance of a search warrant and as to the conditions that may be attached to a warrant to ensure that any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible” and that “[t]he media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society” (p. 444). Similarly, in *New Brunswick*, he wrote:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being. . . . The importance of that role and the manner in which it must be fulfilled give rise to special concerns when a warrant is sought to search media premises. [p. 475]

[15] But while he stressed the vital importance of the media and acknowledged the special concerns that arise when a warrant to search media premises is sought, Cory J. clarified that rather than “import[ing] any new or additional requirements for the issuance of search warrants”, the constitutional protection of freedom of expression afforded by s. 2(b) serves as “a backdrop against which the reasonableness of the search may be evaluated” (*New Brunswick*, at pp. 475-76). He nonetheless emphasized that the constitutional protection afforded to freedom of expression “requires that careful consideration be given not only to whether a warrant should issue but also to the conditions which might properly be imposed upon any search of media premises” (*ibid.*, at p. 476).

[16] Justice Cory went on to articulate a list of nine factors for judges to consider when determining whether to issue a search warrant relating to the media:

- (1) All statutory requirements for the issuance of the search warrant must be met.
- (2) If all statutory requirements have been met, then the authorizing judge “should consider all of the circumstances in determining whether to

ont droit à une attention toute particulière en ce qui concerne tant l’attribution d’un mandat de perquisition que les conditions dont peut être assorti un mandat afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée » et que « [l]es médias ont droit à cette attention particulière en raison de l’importance de leur rôle dans une société démocratique » : p. 444. De même, dans *Nouveau-Brunswick*, il a écrit :

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d’avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. [. . .] L’importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu’un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d’un média. [p. 475]

[15] Tout en insistant sur l’importance vitale des médias et en reconnaissant l’existence de préoccupations spéciales qui découlent d’une demande de mandat en vue de la fouille de locaux d’organes de presse, le juge Cory a précisé que plutôt que d’« ajoute[r] des] exigences supplémentaires pour l’attribution des mandats de perquisition », la protection constitutionnelle que confère l’al. 2b) à la liberté d’expression sert de « toile de fond qui permet d’évaluer si la perquisition est abusive » : *Nouveau-Brunswick*, p. 475-476. Il a néanmoins insisté pour dire que cette protection constitutionnelle « exige qu’on examine attentivement non seulement si un mandat devrait être décerné mais également les conditions dont peut à bon droit être assortie une perquisition dans les locaux d’un média » : *ibid.*, p. 476.

[16] Le juge Cory a ensuite dressé une liste de neuf facteurs dont les juges doivent tenir compte lorsqu’ils décident s’ils doivent délivrer un mandat de perquisition en lien avec les médias :

- (1) Toutes les exigences prévues par la loi relatives à la délivrance d’un mandat de perquisition doivent être respectées.
- (2) S’il est satisfait à toutes les exigences prévues par la loi, le juge saisi de la demande « doit examiner toutes les circonstances pour déterminer

exercise his or her discretion to issue [the] warrant”.

- (3) The authorizing judge “should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination”, bearing in mind that “the media play a vital role in the functioning of a democratic society” and that the media will generally be an innocent third party.
- (4) The affidavit supporting the application must contain “sufficient detail” to enable the authorizing judge to properly exercise his or her discretion as to whether to issue the warrant.
- (5) Although it is not a constitutional requirement, the affidavit should “ordinarily” disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, that those sources have been investigated and all reasonable efforts to obtain the information from those sources have been exhausted.
- (6) If the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, then this “will be” a factor favouring the issuance of the warrant.
- (7) If the authorizing judge determines that a warrant should be issued, then he or she should consider imposing conditions on its implementation so that the media “will not be unduly impeded in the publishing or dissemination of the news”.
- (8) If it comes to light after the warrant is issued that the police “failed to disclose pertinent information that could well have affected the decision to issue the warrant”, then this may result in a finding that the warrant was invalid.
- (9) If the search was unreasonably conducted, then this may render the search invalid.

(*Lessard*, at p. 445; *New Brunswick*, at pp. 481-82)

s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner [le] mandat ».

- (3) Le juge saisi de la demande « doit s’assurer qu’on a bien pondéré l’intérêt de l’État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations », en gardant à l’esprit que « les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique » et qu’ils sont généralement des tiers innocents.
- (4) L’affidavit présenté à l’appui de la demande doit contenir « suffisamment de détails » pour permettre au juge saisi de la demande d’exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la délivrance d’un mandat de perquisition.
- (5) Bien qu’il ne s’agisse pas d’une exigence constitutionnelle, l’affidavit devrait « ordinairement » indiquer s’il y a d’autres sources qui permettraient d’obtenir raisonnablement les renseignements et, le cas échéant, qu’elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources ont été épuisés.
- (6) Si le média a rendu publics, en tout ou en partie, les renseignements recherchés, ce facteur « favorisera » la délivrance du mandat de perquisition.
- (7) Si le juge saisi de la demande décide qu’il est justifié de délivrer un mandat de perquisition, il y a alors lieu d’examiner l’imposition de certaines conditions à sa mise en œuvre, de manière à ce que le média « ne soit pas indûment empêché de publier ou de diffuser les informations ».
- (8) Si, après l’attribution d’un mandat de perquisition, il ressort que la police a « omis de communiquer des renseignements pertinents qui auraient bien pu influencer sur la décision de décerner le mandat », il peut en résulter une conclusion que le mandat n’était pas valide.
- (9) Une perquisition effectuée de manière abusive peut être invalide.

(*Lessard*, p. 445; *Nouveau-Brunswick*, p. 481-482)

[17] Justice Cory added that “all factors should be evaluated in light of the particular factual situation presented” and “[t]he factors which may be vital in assessing the reasonableness of one search may be irrelevant in another” (*New Brunswick*, at p. 478). He framed the “essential question” as follows: “taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively can it be said that the search was a reasonable one?” (*ibid.*).

[18] Applying this framework, the majority upheld the validity of the search warrants in both cases.

[19] Nearly two decades later, in *National Post*, this Court had further occasion to consider the principles to be applied when the state’s interest in investigating and prosecuting crime collides with the media’s s. 8 rights in a s. 2(b) context. There, in exchange for a blanket, unconditional promise of confidentiality, a secret source supplied a journalist at the *National Post* with a plain brown envelope containing a document said to implicate a former Canadian prime minister in a financial conflict of interest. Having received a complaint that the document was forged, the RCMP applied for a search warrant and an assistance order permitting them to search the premises of the *National Post* and seize the document and the envelope in which it was contained. Although the search warrant and assistance order were initially granted, they were later quashed by the reviewing judge, only to be reinstated by the Ontario Court of Appeal.

[20] On further appeal to this Court, Binnie J., writing for a seven-justice majority, set out the “general rule” when it comes to search and seizure: “[t]he public has the right to every person’s evidence” (*National Post*, para. 1). That rule, of course, has its exceptions. In particular, the issue before the Court was to determine the circumstances in which the

[17] Le juge Cory a ajouté qu’« [o]n doit [. . .] évaluer tous les facteurs en tenant compte de la situation de fait particulière qui est présentée » et que « [l]es facteurs qui peuvent être importants pour évaluer si une perquisition est abusive peuvent ne pas être pertinents à l’égard d’une autre » : *Nouveau-Brunswick*, p. 478. Il a circonscrit la « question essentielle » de la façon suivante : « si on a tenu compte de toutes les circonstances et si on les a examinées avec justesse et objectivité, peut-on dire que la perquisition n’était pas abusive? » : *ibid.*

[18] En appliquant ce cadre d’analyse, les juges majoritaires ont confirmé la validité du mandat de perquisition dans les deux causes.

[19] Près de deux décennies plus tard, dans *National Post*, la Cour a eu de nouveau l’occasion de se pencher sur les principes applicables lorsque l’intérêt de l’État dans les enquêtes et les poursuites criminelles entre en conflit avec les droits des médias protégés par l’art. 8 dans le contexte de l’al. 2b). Dans cette affaire, en échange d’une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité, une source anonyme a remis à un journaliste du quotidien *National Post* une enveloppe brune ordinaire dans laquelle se trouvait un document qui impliquait prétendument un ancien premier ministre du Canada dans un conflit d’intérêts de nature financière. Puisqu’elle avait reçu une plainte selon laquelle le document était contrefait, la GRC a demandé un mandat de perquisition et une ordonnance d’assistance qui permettraient à ses membres de fouiller les locaux du quotidien et de saisir le document ainsi que l’enveloppe dans laquelle il se trouvait. Initialement, tant le mandat de perquisition que l’ordonnance d’assistance ont été accordés; ils ont toutefois été annulés ultérieurement par le juge chargé de la révision, pour finalement être rétablis par la Cour d’appel de l’Ontario.

[20] Par suite d’un appel subséquent devant la Cour, le juge Binnie a rédigé les motifs des sept juges majoritaires et énoncé la « règle générale » en matière de fouilles, perquisitions et saisies : « [l]e public a droit à la preuve émanant de toutes les sources » : *National Post*, par. 1. Bien sûr, cette règle fait l’objet d’exceptions. En particulier, la

courts will respect a promise of confidentiality given by a journalist to a source.

[21] In approaching this issue, Binnie J. reaffirmed and applied the principles set out in *Lessard* and *New Brunswick* (see paras. 31-33, 79, 82 and 87). In doing so, he repeatedly emphasized the vital importance of the media and its special role in society. He described the public interest in freedom of expression as being “of immense importance” (para. 5); stated that “freedom of the press and other media of communication” is “vital in a society based on the rule of law” (para. 26); and recognized the “special position of the media” (para. 64). He also confirmed that “freedom to publish the news necessarily involves a freedom to gather the news” (para. 33). In making these observations, he confirmed and underscored s. 2(b)’s role in safeguarding the media’s freedom to gather and publish the news.

[22] Justice Binnie acknowledged that “the law should and does accept that in some situations the public interest in protecting [a] secret source from disclosure outweighs other competing public interests — including criminal investigations” (para. 34). However, he rejected the argument that a judicial order compelling disclosure of a confidential source would generally violate s. 2(b) (para. 41). He also declined to recognize a class privilege protecting the journalist-confidential source relationship. Instead, he held that journalist-confidential source privilege should be assessed on a case-by-case basis, applying the Wigmore criteria (see paras. 53-64).

[23] Considering these criteria, he concluded that no such privilege could be established on the facts. In the result, the majority upheld the validity of the search warrant and assistance order.

Cour devait déterminer les circonstances dans lesquelles les tribunaux respecteraient une promesse de confidentialité faite par un journaliste à une source.

[21] Pour répondre à cette question, le juge Binnie a confirmé les principes énoncés dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick* et il les a appliqués : voir par. 31-33, 79, 82 et 87. Ce faisant, il a insisté à répétition sur l’importance vitale des médias et sur leur rôle très particulier dans la société. Il a décrit l’intérêt du public envers la liberté d’expression comme étant d’une « importance considérable » (par. 5); il a affirmé que « la liberté de la presse et des autres moyens de communication » est « essentielle [. . .] dans une société fondée sur la primauté du droit » (par. 26); et il a reconnu la « situation très particulière des médias » (par. 64). En outre, il a confirmé que « la liberté de diffuser les informations emporte nécessairement la liberté de recueillir les informations » : par. 33. En formulant ces observations, le juge Binnie a confirmé et souligné le rôle de l’al. 2b) pour protéger la liberté des médias de recueillir et de diffuser les informations.

[22] Le juge Binnie a convenu que « le droit devrait accepter — et accepte effectivement — que, dans certaines situations, l’intérêt public à protéger [une] source secrète contre toute divulgation l’emporte sur les autres intérêts publics — y compris la conduite d’enquêtes criminelles » : par. 34. En revanche, il a rejeté l’argument selon lequel une ordonnance judiciaire de divulguer l’identité d’une source confidentielle porterait généralement atteinte au droit protégé par l’al. 2b) : par. 41. Il a aussi refusé de reconnaître l’existence d’un privilège générique qui aurait protégé la relation entre un journaliste et une source confidentielle. Il a plutôt conclu que le privilège applicable à cette relation doit être évalué au cas par cas, en appliquant le test de Wigmore : voir par. 53-64.

[23] Après avoir appliqué ces critères, le juge Binnie a conclu que les faits n’appuyaient pas l’existence d’un tel privilège. Ainsi, les juges majoritaires ont confirmé la validité du mandat de perquisition et de l’ordonnance d’assistance.

[24] Having reviewed the key precedents, I will now turn to the appellants' proposed reforms to the *Lessard* framework.

(2) Appellants' Proposed Reforms to *Lessard* Framework

(a) *Presumed Chilling Effect*

[25] The appellants submit that whenever the state seeks a production order relating to the media, a "chilling effect" should be presumed. They argue that the media should not be put to the task of proving, in each individual case, that the order would have a chilling effect, for such an effect is, they say, inevitable.

[26] In this context, I would define the term "chilling effect" fairly broadly: it refers to the stifling or discouragement of the media's legitimate activities in gathering and disseminating the news for fear of legal repercussions such as compelled disclosure. These effects may manifest themselves in a number of ways — for example:

- Confidential sources may "dry up". As Lord Denning wrote in *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, "if [newspapers] were compelled to disclose their sources, they would soon be bereft of information which they ought to have. Their sources would dry up. Wrongdoing would not be disclosed" (p. 1129). If sources who are willing to speak out only on a confidential basis come to fear that their identity may be disclosed at the whim of the state, then they will remain in the shadows. Consequently, the media will lose opportunities to receive and disseminate important information to the public.
- Journalists may consciously avoid recording and preserving their notes, contact lists, internal deliberations, and other work product out of a concern that any such recordings may find their

[24] Maintenant que j'ai passé en revue les précédents clés, je vais me pencher sur les modifications au cadre d'analyse établi dans *Lessard* que proposent les appelants.

(2) Modifications au cadre d'analyse établi dans *Lessard* que proposent les appelants

a) *Effet dissuasif présumé*

[25] Selon les appelants, lorsque l'État sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, il faut présumer qu'il en découlera un « effet dissuasif ». Ils plaident que les médias ne devraient pas avoir à prouver, dans chaque cas, que l'ordonnance aurait un tel effet, puisqu'ils estiment que celui-ci est inévitable.

[26] Dans ce contexte, je définirais le terme « effet dissuasif » relativement largement : il fait référence à l'étouffement ou au découragement des activités légitimes des médias dans la collecte et la diffusion des informations par crainte de répercussions juridiques telles que la communication obligatoire. Ces effets peuvent se manifester de plusieurs façons — par exemple :

- Les sources confidentielles d'information pourraient se « tarir ». Comme lord Denning l'a écrit dans *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, [TRADUCTION] « si [les journaux] étaient tenus de révéler l'identité de leurs sources, ils se retrouveraient rapidement dépourvus de l'information qu'ils devraient détenir. Leurs sources se tariraient. Les actes répréhensibles ne seraient pas mis en lumière » : p. 1129. Si des sources qui sont disposées à se confier uniquement sous le couvert de l'anonymat se mettent à craindre que leur identité soit divulguée au gré du bon vouloir de l'État, elles resteront dans l'ombre. En conséquence, les médias perdront des occasions de recueillir et de diffuser des informations importantes pour le public.
- Les journalistes pourraient consciemment éviter de sauvegarder ou de conserver leurs notes, leurs listes de contacts, les comptes rendus de délibérations internes ou d'autres produits de

way into the hands of the police (see *National Post*, at para. 78, adopting the dissenting reasons of McLachlin J. (as she then was) on this point in *Lessard*, at p. 452).

- The media may self-censor in order to conceal the fact that it possesses information of interest to the police, with a view to protecting its sources and preserving its ability to gather information in the future (*ibid.*).
- The public may come to view the media as an arm of the state such that the public loses faith in the media's ability to execute its functions independently and impartially (see *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61, at para. 74, citing *New Brunswick*, p. 474; *Lessard*, at p. 432, per La Forest J., concurring). This lack of faith in the media may in turn undermine its ability to gather and disseminate the news.

[27] Proving the existence and extent of such effects is, of course, no easy feat. Chilling effects do not lend themselves to scientific or empirical proof. Rather, they are intangible in nature and difficult — if not impossible — to measure with exactitude. But that does not mean they are insignificant or unimportant. To the contrary, to the extent that chilling effects *do* arise, their consequences can be considerable: a weak and fearful press, alongside a diminishing pool of sources, translates into a less informed, less open, and less vibrant society in which discussion, debate, and the flow of information are stymied. Thus, concerns over potential chilling effects cannot be overlooked.

[28] However, with respect, I struggle to see why a chilling effect should be presumed *in all cases*, regardless of the circumstances. The law is not quick to make assumptions without a basis in the evidence in the particular case. And while the evidence may often support a concern over potential chilling effects, in my view, the existence and extent of any potential

leur travail par crainte que ces renseignements puissent se retrouver entre les mains de la police : voir *National Post*, par. 78, qui a adopté les motifs dissidents de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) sur ce point dans *Lessard*, p. 452.

- Les médias pourraient s'autocensurer de manière à dissimuler le fait qu'ils possèdent de l'information d'intérêt pour la police, dans le but de protéger leurs sources et de préserver leur capacité de recueillir de l'information dans le futur : *ibid.*
- Le public pourrait en venir à percevoir les médias comme un bras de l'État de sorte qu'il perdrait confiance en la capacité de ces derniers de s'acquitter de leurs fonctions de manière indépendante et impartiale : voir *Canadian Broadcasting Corporation c. Manitoba (Attorney General)*, 2009 MBCA 122, 250 C.C.C. (3d) 61, par. 74, citant *Nouveau-Brunswick*, p. 474; *Lessard*, p. 432, le juge La Forest (motifs concordants). Ce manque de confiance dans les médias pourrait à son tour miner leur capacité de recueillir et de diffuser les nouvelles.

[27] Prouver l'existence de tels effets et leur étendue n'est bien sûr pas facile. Les effets dissuasifs ne se prêtent pas à une preuve scientifique ou empirique. Ils sont plutôt de nature intangible et difficiles — voire impossibles — à mesurer avec exactitude. Cela ne signifie pas qu'ils sont insignifiants et sans importance. Au contraire, dans la mesure où des effets dissuasifs se produisaient *bel et bien*, leurs conséquences pourraient être considérables : une presse faible et craintive, épaulée par un bassin de sources de moins en moins important, se traduit par une société moins informée, moins ouverte et moins dynamique dans laquelle la discussion, le débat et le flux de l'information sont entravés. Il ne faut donc pas négliger les craintes concernant les effets de dissuasion potentiels.

[28] Cependant, soit dit en tout respect, j'ai du mal à voir pourquoi il faudrait présumer qu'il se produirait un effet dissuasif *dans tous les cas*, quelles que soient les circonstances. Le droit n'est pas disposé à faire des suppositions sans qu'elles soient fondées sur des éléments de preuve dans un cas particulier. En outre, même si la preuve appuie souvent

chilling effects should be assessed on a case-by-case basis, not simply presumed in the abstract.

[29] The conclusion that chilling effects should not be simply presumed without regard to the particular circumstances finds ample support in this Court's jurisprudence. In none of *Lessard*, *New Brunswick* or *National Post* did this Court see reason to recognize a presumed chilling effect. Moreover, even before those cases were decided, this Court declined to assume, in the absence of evidence, that compelling journalists to testify before tribunals will necessarily cause sources to "dry up" (see *British Steel Corp.*) or otherwise "detrimentally affect journalists' ability to gather information" (*Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1581). Further, while this Court has held that "[i]n some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience" (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at para. 79), this statement does not support the imposition of a presumed chilling effect. Rather, it merely confirms the more modest proposition that, in some situations, a chilling effect *can* — not *must* — be inferred. In sum, I see no reason why this Court should depart from its established jurisprudence and recognize a presumed chilling effect in all cases.

[30] I would add that in cases where the police are seeking information that the media did not procure through a promise of confidentiality and has already published in large measure, as was the case in *Lessard* and *New Brunswick*, the order may cause little to no chilling effect. And to the extent there is a risk that some potential chilling effects may arise, those potential effects may be neutralized through the imposition of conditions on the order. In her dissent in *Lessard*, McLachlin J. described chilling effects as being the result of "the prospect of seizure of press material in future cases without the imposition of conditions to protect press freedom and the

les préoccupations concernant les effets dissuasifs potentiels, à mon avis, l'existence et l'étendue de tout effet éventuel de cette nature devraient être évaluées au cas par cas, et non simplement présumées dans l'abstrait.

[29] La conclusion portant qu'il ne faudrait pas simplement présumer qu'il se produirait des effets dissuasifs sans tenir compte des circonstances particulières est amplement étayée par la jurisprudence de la Cour. Dans aucun des arrêts *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* ou *National Post* la Cour n'a jugé bon de reconnaître un effet dissuasif présumé. De plus, même avant que ces décisions soient rendues, la Cour avait refusé de tenir pour acquis, en l'absence de preuve, que le fait de contraindre des journalistes à témoigner devant les tribunaux aurait nécessairement pour effet que les sources [TRADUCTION] « se tarirait » (voir *British Steel Corp.*) ou autrement « nuirait à leur capacité de recueillir de l'information » : *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, p. 1581. De plus, bien que la Cour ait conclu que, « [d]ans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures » (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 79), cet énoncé n'étaye pas l'imposition d'une présomption d'effet dissuasif. Il ne fait que confirmer la proposition plus modeste selon laquelle, dans certaines situations, un effet dissuasif *peut* — et non *doit* — être inféré. Bref, je ne vois pas pourquoi la Cour devrait s'écarter de sa jurisprudence établie et reconnaître une présomption d'effet dissuasif dans tous les cas.

[30] J'ajouterais que dans les cas où la police cherche à obtenir des renseignements que les médias ne se sont pas procurés au moyen d'une promesse de confidentialité et qu'ils ont déjà publiés en grande partie, comme c'était le cas dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*, l'ordonnance ne causerait que peu ou pas du tout d'effet dissuasif. En outre, dans la mesure où il existe un risque que des effets dissuasifs surviennent, ceux-ci pourraient être neutralisés grâce à l'imposition de conditions dans l'ordonnance. Dans *Lessard*, la juge McLachlin, dissidente, a décrit les effets dissuasifs comme étant le résultat de « l'éventualité d'une saisie de documents de

identity of informants” (p. 453 (emphasis added)). Thus, where appropriate conditions are imposed, the concern over potential chilling effects may be sufficiently mitigated.

[31] For these reasons, in my view, there is no basis for recognizing a presumed chilling effect whenever the state seeks a production order relating to the media. Instead, the existence and extent of any potential chilling effect should be assessed on a case-by-case basis. As is often said, context is crucial.

[32] With this in mind, if the authorizing judge concludes, based on the record, that the order sought would likely have a chilling effect, then that finding should be considered in determining whether, in light of all the circumstances, the order should be refused, or if granted, what conditions should be included. In some cases, the existence and extent of potential chilling effects may be a significant factor in the analysis. In other cases, it may not. Again, each case turns on its own unique facts.

(b) *Removal of Distinction Between Confidential and Non-Confidential Sources*

[33] The appellants argue that confidential sources and non-confidential sources should be treated the same under the *Lessard* framework. They maintain that if sources must insist on confidentiality to have their communications shielded from access at will by the state, then the ability of the media to carry out its function will be seriously undermined.

[34] The simple answer to the appellants’ argument is that there are good reasons to draw a distinction between confidential and non-confidential sources, as the privacy and other concerns they raise may differ substantially.

presse à l’avenir sans l’imposition de conditions qui protègent la liberté de la presse et l’identité des informateurs » : p. 453 (je souligne). En conséquence, la préoccupation relative aux effets dissuasifs peut être suffisamment atténuée si des conditions appropriées sont imposées.

[31] À mon avis, pour les motifs qui précèdent, rien ne justifie de reconnaître une présomption d’effet dissuasif chaque fois que l’État demande une ordonnance de communication en lien avec un média. L’existence et l’étendue de tout effet dissuasif éventuel devraient plutôt être évaluées au cas par cas. Comme on le dit souvent, le contexte est fondamental.

[32] Dans cette optique, si le juge saisi de la demande conclut, au vu du dossier, que l’ordonnance sollicitée est susceptible d’avoir un effet dissuasif, cette conclusion devrait être prise en compte pour décider si, compte tenu de toutes les circonstances, la demande en vue de l’obtention d’une ordonnance devrait être rejetée ou, si elle est accueillie, de quelles conditions elle devrait être assortie. Dans certains cas, l’existence et l’étendue des effets dissuasifs éventuels peuvent constituer un facteur important dans l’analyse, et dans d’autres, non. Encore une fois, chaque cas demeure un cas d’espèce.

b) *Suppression de la distinction entre les sources confidentielles et les sources non confidentielles*

[33] Les appelants soutiennent que les sources confidentielles et les sources non confidentielles devraient être traitées de la même façon lorsqu’est appliqué le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard*. Selon eux, si les sources doivent insister pour conserver leur anonymat afin que leurs communications soient protégées contre l’accès à volonté de l’État, la capacité des médias de s’acquitter de leurs fonctions sera gravement compromise.

[34] La réponse simple à l’argument des appelants est qu’il existe de bonnes raisons d’établir une distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas, puisque les préoccupations concernant la vie privée et les autres préoccupations qu’elles soulèvent peuvent différer substantiellement.

[35] This Court’s jurisprudence demonstrates that confidential sources raise unique considerations. Most notably, in *National Post*, the potential negative effects of permitting state-compelled disclosure of confidential sources were found to be so compelling as to justify opening the door to journalist-confidential source privilege on a case-by-case basis. No such privilege exists between journalists and non-confidential sources (see *National Post*, at para. 56). Moreover, as noted above, the potential chilling effects that may result from permitting state-compelled disclosure of information may differ considerably depending on whether the source of the information is confidential or non-confidential.

[36] The enactment of the *JSPA*, to which I have previously referred, serves as a further illustration of the important distinction between confidential and non-confidential sources. Through that legislation, among other things, Parliament amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to provide enhanced protections for maintaining the confidentiality of a “journalistic source”, a term restrictively defined as a source who transmits information in confidence and whose anonymity is essential to the relationship with the journalist. For example, under s. 488.02(3) of the *Criminal Code*, a “journalist” may bring an application objecting to the disclosure of documents seized under a search warrant or production order on the basis that they identify or are likely to identify a “journalistic source”. Hence, Parliament too has acknowledged that there is a meaningful difference between confidential and non-confidential sources.

[37] Accordingly, I would not erase the distinction between confidential and non-confidential sources.

[38] To be clear, however, the absence of a confidentiality agreement does not give the state free rein to compel production of materials in the hands of the media. Even where the source of the information

[35] La jurisprudence de la Cour démontre que les sources confidentielles soulèvent des considérations particulières. Plus particulièrement, dans *National Post*, il a été conclu que les effets négatifs potentiels du fait de permettre la divulgation imposée par l’État de sources confidentielles étaient si prédominants qu’ils justifiaient de permettre l’application du privilège du secret des sources confidentielles des journalistes au cas par cas. Il n’existe pas de tel privilège entre les journalistes et les sources non confidentielles : voir *National Post*, par. 56. De plus, comme je l’ai indiqué précédemment, les effets dissuasifs éventuels pouvant découler de l’autorisation de divulguer des renseignements imposée par l’État peuvent différer considérablement selon que la source des renseignements est confidentielle ou non.

[36] L’adoption de la *LPSJ*, à laquelle j’ai déjà fait référence, illustre aussi l’importante distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas. En adoptant cette loi, le Parlement a notamment modifié le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, afin que ces textes législatifs prévoient des protections accrues en vue du maintien de la confidentialité d’une « source journalistique », un terme défini étroitement comme une source qui transmet confidentiellement de l’information et dont l’anonymat est essentiel aux rapports entre le journaliste et la source. Par exemple, suivant le par. 488.02(3) du *Code criminel*, un « journaliste » peut présenter une demande pour s’opposer à la divulgation de documents saisis en exécution d’un mandat de perquisition ou d’une ordonnance de communication pour le motif qu’ils identifient ou sont susceptibles d’identifier une « source journalistique ». Ainsi, le législateur a lui aussi reconnu qu’il existe une différence significative entre les sources confidentielles et les sources non confidentielles.

[37] En conséquence, je n’écarterais pas la distinction entre les sources confidentielles et celles qui ne le sont pas.

[38] Je précise toutefois que l’absence d’entente relative à la confidentialité ne donne pas à l’État la liberté totale d’imposer la communication de documents qui se trouvent en la possession des médias.

sought is non-confidential, compelled production may cause chilling effects, and the impact on the media and the privacy interests at stake may nonetheless be significant. But once again, context is crucial, and it should not be assumed that the existence or absence of a confidentiality agreement makes no difference in the analysis.

(c) *Recharacterization of Effect of Prior Partial Publication*

[39] As indicated, the sixth *Lessard* factor provides that if the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, then “this will be a factor which will favour the issuing of the search warrant” (*Lessard*, at p. 445; *New Brunswick*, at p. 481 (emphasis added)). Indeed, in *Lessard*, Cory J. treated prior partial publication as a decisive factor:

... once the news media have published the gathered information, that information then passes into the public domain. The publication of that information is a very important factor for the justice of the peace to consider. This is something that favours the issuing of a search warrant. When a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted. Here, the publication or broadcasting of the information was a factor of sufficient importance to enable the justice of the peace to exercise his discretion and issue the search warrant notwithstanding the failure of the police to explain that there was no alternative source available that would give them the information contained in the videotape. [pp. 446-47]

[40] The appellants take issue with the state of the law on prior partial publication. They maintain that prior partial publication does nothing to reduce the chilling effects caused by compelling disclosure of the unpublished materials, nor does it attenuate the media’s interests in the unpublished materials, particularly when those materials are journalist-source communications.

Même lorsque la source des renseignements demandés n’est pas confidentielle, la communication forcée peut causer des effets dissuasifs, et l’incidence sur les médias et sur les droits à la vie privée en jeu peut être importante. Cela dit, encore une fois, le contexte est d’une importance capitale, et on ne peut pas présumer que l’existence ou l’absence d’une entente de confidentialité ne fait aucune différence dans l’analyse.

c) *Requalification de l’effet de la publication partielle antérieure*

[39] Comme nous l’avons vu, le sixième facteur établi dans *Lessard* prévoit que si les renseignements demandés ont été rendus publics par les médias en totalité ou en partie, « ce facteur favorisera l’attribution du mandat de perquisition » : *Lessard*, p. 445; *Nouveau-Brunswick*, p. 481 (je souligne). En effet, dans *Lessard*, le juge Cory a conclu que la publication partielle antérieure constituait un facteur décisif :

... une fois que les médias ont publié les renseignements recueillis, ceux-ci sont alors dans le domaine public. La publication de ces renseignements est un facteur très important que le juge de paix doit prendre en considération. C’est quelque chose qui milite en faveur de l’attribution d’un mandat de perquisition. Lorsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite. En l’espèce, la publication ou la diffusion des renseignements était un facteur suffisamment important pour que le juge de paix soit fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire et à décerner le mandat de perquisition même si la police n’a pas expliqué qu’il n’existait pas d’autre source pouvant lui donner les renseignements contenus sur la bande vidéo. [p. 446-447]

[40] Les appelants contestent l’état du droit sur la publication partielle antérieure. Ils soutiennent qu’une telle publication ne réduit aucunement les effets dissuasifs causés par la divulgation forcée des renseignements non publiés, et n’atténue pas non plus l’intérêt des médias à l’égard de ces renseignements, particulièrement lorsqu’il s’agit de communications entre un journaliste et sa source.

[41] I accept that “[w]hen a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted” (*Lessard*, at p. 447). In my view, the publication of materials that raise serious and credible concerns over potential criminality, particularly where there is an ongoing or imminent threat to safety and security, cannot be ignored in weighing the state and the media’s respective interests. Neither the police nor Canadian society should turn a blind eye to such materials. Nor should the courts.

[42] Moreover, not only may prior partial publication heighten the state’s interests in the unpublished materials, but in some circumstances it may also attenuate the media’s interests in those materials. For example, where “[t]he media ha[s] already completed their basic function of news gathering and news dissemination” (*Lessard*, at p. 447) — i.e., the news cycle is over — this may be a factor suggesting that the media’s interests in the unpublished materials have been diminished.

[43] However, I cannot accept that prior partial publication will *always* militate in favour of granting the order. Prior partial publication should not necessarily lessen the degree of protection afforded to the *unpublished* materials, since permitting state access to the unpublished materials still interferes with the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news (see *Lessard*, at p. 453, per McLachlin J., dissenting), and compelled production of the unpublished materials may still cause chilling effects. In fact, in some cases, the media may well have decided not to disseminate the unpublished materials precisely because they are particularly sensitive. Relatedly, the unpublished materials will sometimes be of a different nature as compared to the published materials, thereby raising different privacy concerns. For example, the state may seek disclosure of the raw communications between journalist and source (potentially including related metadata) or a journalist’s personal notes or contact lists. The important privacy interests attaching to those types

[41] Je reconnais que « [l]orsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite » : *Lessard*, p. 447. À mon avis, lorsqu’on soupèse les intérêts respectifs de l’État et des médias, on ne peut ignorer la publication de renseignements qui soulèvent des préoccupations graves et crédibles quant à de possibles crimes, particulièrement s’il y a un risque continu ou imminent pour la sécurité. Ni la police ni la société canadienne ne devraient fermer les yeux sur ces renseignements — les tribunaux non plus.

[42] En outre, non seulement la publication partielle antérieure peut renforcer l’intérêt de l’État à l’égard des renseignements non publiés, mais dans certaines situations, elle peut aussi atténuer l’intérêt des médias à leur égard. Par exemple, lorsque « [l]e média [a] déjà exercé sa fonction de base qui consiste à recueillir et à diffuser des informations » (*Lessard*, p. 447) — c.-à-d. que le cycle des informations est terminé —, cela peut être un facteur indiquant que l’intérêt du média à l’égard des renseignements non publiés a été réduit.

[43] Cependant, je ne peux accepter que la publication partielle antérieure favorise *toujours* l’octroi de l’ordonnance. En effet, une telle publication ne devrait pas nécessairement réduire la protection accordée aux renseignements *non publiés*, puisque le fait de permettre à l’État d’avoir accès à ce type de renseignements entrave toujours le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations (voir *Lessard*, p. 453, la juge McLachlin, dissidente), et que la communication forcée des renseignements non publiés peut toujours causer un effet dissuasif. En fait, dans certains cas, les médias auraient bien pu avoir décidé de ne pas rendre publics les renseignements non publiés précisément parce qu’ils sont particulièrement sensibles. Dans le même ordre d’idées, les renseignements non publiés sont parfois d’une nature différente de celle des renseignements publiés, et soulèveraient donc des préoccupations différentes en matière de respect de la vie privée. Par exemple, l’État peut demander la divulgation des

of materials are not necessarily diminished through publication of a news article based on or otherwise related to those materials.

[44] Accordingly, I am of the view that the effect of prior partial publication should be assessed on a case-by-case basis. In determining the effect of prior partial publication in any particular case, the authorizing judge should consider all the circumstances, including the nature of the materials (both published and unpublished) and how much of the full body of materials has already been published. Where, for example, the published materials raise serious and credible concerns over potential criminality, the disclosure of the unpublished materials would not reveal a confidential source or disclose “off the record” or “not for attribution” communications, and much of the materials have already been published, prior partial publication may militate in favour of granting the order. All of these conditions were present in *Lessard* and *New Brunswick*. By contrast, where only some or none of these conditions are present, the effect of prior partial publication may be more neutral. In my view, this more nuanced approach to prior partial publication adds greater flexibility to the *Lessard* framework and permits a more contextual inquiry.

[45] Finally, I am of the view that although it is listed as an independent factor under the *Lessard* framework, prior partial publication is best viewed as an aspect of the *Lessard* balancing test, at least in the sense that prior partial publication may enhance the state’s interest in investigating and prosecuting alleged crime and may diminish the media’s interests in the unpublished materials. For the sake of clarity, therefore, I would simply treat prior partial publication as part of the overall balancing exercise,

communications telles quelles entre un journaliste et sa source (qui pourraient même comprendre les métadonnées connexes), ou les notes personnelles ou les listes de contacts d’un journaliste. Or, les intérêts importants en matière de respect de la vie privée qui se rattachent à ces types de renseignements ne sont pas nécessairement amoindris par la publication d’un article fondé sur ces documents ou qui leur est autrement lié.

[44] En conséquence, j’estime qu’il faut évaluer l’effet de la publication partielle antérieure au cas par cas. Lorsqu’il évalue l’effet d’une telle publication dans un dossier donné, le juge saisi de la demande doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris de la nature des renseignements (tant de ceux qui ont été publiés que de ceux qui ne l’ont pas été) et de la portion de l’ensemble complet de renseignements qui a déjà été publiée. Lorsque, par exemple, les renseignements publiés soulèvent des préoccupations graves et crédibles quant à de possibles crimes, que la communication des renseignements non publiés ne révélerait pas l’identité d’une source confidentielle ou des communications faites « à titre confidentiel » ou « sous le couvert de l’anonymat » et que la plupart des renseignements ont déjà été rendus publics, la publication partielle antérieure peut favoriser l’octroi de l’ordonnance. Toutes ces conditions étaient réunies dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*. En revanche, lorsque seulement certaines de ces conditions sont réunies, ou lorsqu’aucune de ces conditions n’existe, l’effet de la publication partielle antérieure pourrait être plus neutre. À mon avis, cette façon plus nuancée d’aborder la publication partielle antérieure assouplit le cadre d’analyse établi dans *Lessard*, et permet de procéder à une analyse plus contextuelle.

[45] Finalement, je suis d’avis que, même si, selon le cadre d’analyse établi dans *Lessard*, la publication partielle antérieure est un facteur indépendant, il est préférable de la considérer comme un aspect du critère de mise en balance établi dans *Lessard*, au moins en ce sens que la publication partielle antérieure pourrait accroître l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et pourrait diminuer l’intérêt des médias à l’égard des renseignements non publiés. En conséquence,

rather than an independent factor to be considered on its own.

(d) *State's Interests — Prospect of Trial and Probative Value of Evidence*

[46] The appellants argue that in assessing the state's interests under the third factor of the *Lessard* framework, the authorizing judge should consider (1) the prospect of a trial actually taking place; and (2) the probative value of the evidence sought.

(i) Prospect of Trial

[47] First, with respect to the prospect of a trial actually taking place, it is important to understand that what we are concerned with here is the *investigation* and *evidence-gathering* stage. Searches performed at this stage are aimed at investigating and gathering evidence of potential criminality, not at proving allegations and securing a conviction in court. At this early stage, “the public interest requires prompt and thorough investigation of potential offences”, and as such “all relevant information and evidence should be located and preserved as soon as possible” (*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 19 (emphasis in original)). The function of the police at this juncture is “to investigate incidents which might be criminal, make a conscientious and informed decision as to whether charges should be laid, and then present the full and unadulterated facts to the prosecutorial authorities” (para. 22). This function does not include “investigat[ing] and decid[ing] whether the essential elements of an offence are made out”; that role belongs to the courts (*ibid.*).

[48] Once the nature and purpose of the investigation and evidence-gathering stage is properly understood, it becomes clear that the prospect of a trial actually taking place is not relevant at this stage

par souci de clarté, je considérerais la publication partielle antérieure comme faisant simplement partie de l'exercice de mise en balance générale, plutôt que comme un facteur indépendant devant être examiné de manière isolée.

d) *Intérêts de l'État — perspective d'un procès et valeur probante des éléments de preuve*

[46] Les appelants font valoir que lorsque le juge saisi de la demande évalue les intérêts de l'État selon le troisième facteur du cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, il devrait tenir compte (1) de la perspective qu'un procès ait réellement lieu; et (2) de la valeur probante des éléments de preuve demandés.

(i) Perspective d'un procès

[47] Premièrement, pour ce qui est de la perspective qu'un procès ait réellement lieu, il est important de comprendre que ce qui nous préoccupe ici, c'est l'étape de l'*enquête* et de l'*obtention d'éléments de preuve*. Les fouilles et perquisitions effectuées à cette étape visent à enquêter et à obtenir des éléments de preuve relativement à de possibles crimes, et non à prouver des allégations et à obtenir une condamnation en cour. À cette étape préliminaire, « l'intérêt public commande qu'une enquête prompte et approfondie soit menée s'il y a possibilité d'infraction », de sorte que « tous les renseignements et éléments de preuve pertinents [soient] trouvés et conservés le plus rapidement possible » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 19 (souligné dans l'original). À ce stade, le rôle des policiers consiste à « enquêter sur des incidents qui pourraient être criminels, à prendre une décision consciencieuse et éclairée sur l'opportunité de porter des accusations, puis à soumettre l'ensemble des faits sans les dénaturer aux autorités chargées des poursuites » : par. 22. Ce rôle ne comprend pas le fait de « mener une enquête pour décider si les éléments essentiels d'une infraction sont établis »; une décision qui appartient aux tribunaux : *ibid.*

[48] Une fois qu'on comprend correctement la nature et l'objet de l'étape de l'enquête et de l'obtention d'éléments de preuve, il est clair que la perspective qu'un procès ait réellement lieu n'est pas pertinente

of the inquiry. Put simply, the prospect of a trial is a concern left for another day and for a different set of actors.

[49] Further, and more practically, it may be difficult — if not impossible — to gauge at this early stage the prospect of a trial actually taking place. Much can change in the course of investigating and prosecuting alleged crime. To ask judges at such an early stage to attempt to assess the prospect of a trial actually taking place down the road would be impracticable and would require authorizing judges to engage in speculation. And in any event, even where it appears uncertain — or even unlikely — that a trial will actually take place, society still has an interest in seeing crime investigated, particularly where it is ongoing or poses a future threat.

[50] Finally, from a policy perspective, the consequences of accepting the appellants' proposal would be perverse. It would enable a suspected criminal to delay or even prevent the police from securing crucial authorizations permitting them to carry out their investigation by, for example, fleeing the country and thereby decreasing the likelihood of a trial ever taking place. It goes without saying that this type of conduct must not be encouraged.

[51] Therefore, I am of the view that the prospect of a trial actually taking place is not a relevant factor in determining whether to grant a production order in relation to the media.

(ii) Probative Value of Materials Sought

[52] Second, the appellants maintain that in determining whether to grant a production order relating to the media, authorizing judges should consider the probative value of the materials sought. They then go further and suggest that this probative value should be considered incrementally against the materials that are, or could reasonably be expected to be, available and admissible at trial. They submit that a court should grant a production order relating to the media only where the materials sought are “necessary . . . in the sense of making the difference

à cette étape de l'analyse. En termes simples, le facteur de la perspective d'un procès devra être examiné ultérieurement et par d'autres acteurs.

[49] De plus, d'un point de vue plus pratique, il peut être difficile — voire impossible — d'évaluer à cette étape préliminaire la perspective qu'un procès ait réellement lieu. Beaucoup de choses peuvent changer au cours de l'enquête et de la poursuite à l'égard du crime qui aurait été commis. Demander aux juges à un tel stade préliminaire de tenter d'évaluer la perspective qu'un procès ait réellement lieu ultérieurement serait impraticable et obligerait les juges saisis de la demande à se livrer à des conjectures. Quoi qu'il en soit, même s'il semblait incertain — ou même improbable — qu'un procès ait réellement lieu, la société a tout de même un intérêt à ce que le crime fasse l'objet d'une enquête, particulièrement lorsqu'il est continu ou qu'il représente un danger futur.

[50] Finalement, sur le plan des principes, accepter la proposition des appelants aurait des conséquences malencontreuses, notamment celle de permettre à une personne soupçonnée d'un crime de retarder ou même d'empêcher l'obtention par les policiers des autorisations essentielles pour mener leur enquête, par exemple en s'enfuyant du pays, ce qui réduirait les chances qu'un procès ait lieu. Il va sans dire que ce type de conduite ne doit pas être encouragé.

[51] En conséquence, j'estime que la perspective qu'un procès ait réellement lieu n'est pas un facteur pertinent pour établir si l'ordonnance de communication en lien avec les médias doit être accordée.

(ii) Valeur probante des documents demandés

[52] Deuxièmement, les appelants soutiennent que lorsqu'il se penche sur l'opportunité de rendre une ordonnance de communication en lien avec les médias, le juge saisi de la demande devrait tenir compte de la valeur probante des renseignements demandés. Ils vont ensuite plus loin et suggèrent que cette valeur probante devrait être examinée progressivement en fonction des renseignements qui sont disponibles et admissibles au procès, ou dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils le soient. Selon eux, le tribunal devrait accorder une ordonnance

between acquittal and conviction” (A.F., at para. 117 (emphasis deleted)).

[53] For the sake of clarity, I note that s. 487.014 (formerly s. 487.012) of the *Criminal Code*, the provision permitting peace officers and public officers to apply for an order requiring a person who is not under investigation to produce a document, requires that the court be satisfied that there are reasonable grounds to believe that, among other things, the document or data sought “will afford evidence respecting the commission of the offence” (s. 487.014(2)). It says nothing of probative value. Therefore, the question is whether, in addition to this statutory requirement, there is — or should be — a common law rule requiring authorizing judges to consider the probative value of the materials sought in deciding whether to exercise their discretion to grant the order requested.

[54] In *National Post*, this Court stated that in weighing the public interest in protecting the journalist-confidential source relationship in question against countervailing public interests such as the investigation of a particular crime, courts should consider, among other things, “the probative value of the evidence sought to be obtained” (para. 61). In light of this clear recognition, I see no reason why the probative value of the materials sought would not similarly be considered by authorizing judges in determining whether to exercise their discretion to make a production order in relation to the media.

[55] Accordingly, where the materials sought can reasonably be expected to have a higher degree of probative value, the case in favour of granting the order is strengthened. Our jurisprudence supports this proposition. For example, in *Lessard and New Brunswick*, the footage was believed to show the actual commission of criminal offences, thereby having obvious probative value. In *National Post*,

de communication en lien avec les médias seulement lorsque les renseignements demandés sont [TRADUCTION] « nécessaires [...] en ce sens qu’ils peuvent faire une différence entre l’acquittement et la condamnation » : m.a., par. 117 (soulignement omis).

[53] Par souci de clarté, je souligne que l’art. 487.014 (l’ancien art. 487.012) du *Code criminel* — soit la disposition qui permet aux juges de paix et aux fonctionnaires publics de demander une ordonnance exigeant qu’une personne qui ne fait pas l’objet d’une enquête communique un document — requiert que la cour soit convaincue qu’il existe des motifs raisonnables de croire, notamment, que le document ou les données demandés « fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction » : par. 487.014(2). Il n’aborde aucunement la valeur probante. En conséquence, il s’agit d’établir si, en plus de cette exigence législative, il existe — ou devrait exister — une règle de common law exigeant qu’un juge saisi de la demande tienne compte de la valeur probante des documents demandés lorsqu’il décide s’il devrait accorder l’ordonnance sollicitée en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[54] Dans *National Post*, la Cour a affirmé que lorsqu’ils mettent en balance l’intérêt public à protéger la relation entre un journaliste et sa source confidentielle en cause et les intérêts publics opposés comme la tenue d’une enquête sur un crime précis, les tribunaux doivent tenir compte, notamment, de « la valeur probante des éléments que l’on cherche à obtenir » : par. 61. À la lumière de cette reconnaissance sans équivoque, je ne vois pas pourquoi la valeur probante des renseignements demandés ne serait pas prise en considération de la même façon par un juge saisi de la demande lorsqu’il décide s’il accorde l’ordonnance de communication en lien avec les médias en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[55] Par conséquent, lorsqu’on peut raisonnablement s’attendre à ce que les renseignements demandés aient une valeur probante plus élevée, l’argument en faveur de l’octroi de l’ordonnance est renforcé. Notre jurisprudence étaye cette proposition. Par exemple, dans *Lessard* et dans *Nouveau-Brunswick*, la Cour a jugé que les séquences vidéo montraient la perpétration d’actes criminels, ce qui leur conférait

the materials sought had even higher potential probative value: they were alleged to form the very *actus reus* of a criminal offence (para. 77). In these circumstances, the state's interests in the materials are heightened, and the probity of the materials sought weighs more heavily in the balance. By contrast, where the materials sought can reasonably be expected to be of lesser probative value, the state's interests in the materials may be attenuated.

[56] That said, the assessment of probative value has its limits. This Court has cautioned that “[i]t will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed” (*Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 889). It is therefore important not to place undue weight on the assessment of likely probative value, as it may be an imprecise and uncertain exercise.

[57] In the end, while probative value may be a relevant consideration in applying the *Lessard* framework, I would not go so far as to impose the appellants' proposed “necessity” test. The notion that the police should be denied a production order unless they can demonstrate that the order is necessary to secure a conviction cannot be sustained for several reasons, including the following:

- First, it misapprehends the role of authorizing judges. On this point, I would endorse Doherty J.A.'s observation in the court below that the appellants' submission “improperly blurs the line between judge and prosecutor by assigning judges the job of deciding whether the prosecution has sufficient evidence to prove its case without access to the information in the hands of the media” (2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, at para. 41).
- Second, in a different sense, it would effectively transform the production order application into a trial of the alleged offence on the merits. In

une valeur probante évidente. Dans *National Post*, les documents demandés avaient une valeur probante encore plus grande; en effet, on a fait valoir qu'ils constituaient l'*actus reus* même du crime reproché : par. 77. Dans de telles circonstances, l'intérêt de l'État à l'égard des renseignements est accru, et la valeur probante des renseignements demandés pèse plus lourd dans la balance. En revanche, lorsqu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les renseignements demandés aient une valeur probante moindre, l'intérêt de l'État à l'égard de ces renseignements peut être atténué.

[56] Cela dit, l'évaluation de la valeur probante a ses limites. La Cour a signalé qu'il « sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière » : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 889. Ainsi, comme une telle démarche peut être imprécise et incertaine, il est important de ne pas accorder trop d'importance à l'évaluation de la valeur probante probable.

[57] En fin de compte, même si la valeur probante peut être un facteur pertinent lors de l'application du cadre d'analyse énoncé dans *Lessard*, je n'irais pas jusqu'à imposer aux appelants le critère proposé de la « nécessité ». L'idée selon laquelle les policiers devraient se voir accorder une ordonnance de communication seulement s'ils démontrent que l'ordonnance est nécessaire pour obtenir une déclaration de culpabilité ne peut être retenue pour plusieurs raisons, y compris les suivantes :

- Premièrement, elle est fondée sur une idée fautive du rôle du juge saisi de la demande. À ce sujet, je souscris à l'observation du juge Doherty de la Cour d'appel, selon laquelle l'argument des appelants [TRADUCTION] « brouille à tort la ligne de démarcation entre un juge et un procureur en attribuant au juge la tâche de décider si la preuve de la poursuite est suffisante sans qu'il ait accès aux informations que les médias ont en leur possession » : 2017 ONCA 231, 137 O.R. (3d) 263, par. 41.
- Deuxièmement, dans un sens différent, elle transformerait en fait la demande de communication en un procès sur le fond de l'infraction

my view, it would be both inappropriate and impracticable to require the authorizing judge to speculate about whether the police have amassed sufficient evidence to prove beyond a reasonable doubt that an offence has been committed.

- Third, the mere fact that *other* evidence — even *similar* evidence — is available should not preclude the police from gathering *further* evidence. Again, the objective at the investigation and evidence-gathering stage is to conduct a “prompt and thorough investigation of potential offences” and to locate and preserve “all relevant information and evidence . . . as soon as possible” (*CanadianOxy*, at para. 19 (emphasis in original)). Indeed, at this stage, “[i]t is important that an investigation unearth as much evidence as possible” (para. 24 (emphasis added)).
- Fourth, imposing a test of strict necessity would seriously undermine the ability of the police to investigate and gather evidence of potential criminality.

[58] Thus, while the probative value of the materials sought may be considered in weighing the state’s interest in the investigation and prosecution of crime against the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, I would not accede to the appellants’ submission that a strict necessity test should be imposed.

B. *Where the Police Are Seeking a Production Order Relating to the Media, Should a Presumptive Notice Requirement Be Imposed?*

[59] The appellants ask that this Court impose a rule to the effect that, absent exigent circumstances, the media must be given notice of an application for a production order relating to it.

reprochée. À mon avis, il serait à la fois inapproprié et impossible d’exiger que le juge saisi de la demande cherche à savoir si la police a recueilli suffisamment d’éléments de preuve pour prouver hors de tout doute raisonnable qu’une infraction a été commise.

- Troisièmement, le simple fait que d’autres éléments de preuve — même des éléments de preuve *semblables* — soient disponibles ne devrait pas empêcher la police de recueillir des éléments de preuve *supplémentaires*. Encore une fois, l’objectif à l’étape de l’enquête et de l’obtention d’éléments de preuve est de mener une « enquête prompte et approfondie [. . .] s’il y a possibilité d’infraction » ainsi que de trouver et de conserver « tous les renseignements et éléments de preuve [. . .] le plus rapidement possible » : *CanadianOxy*, par. 19 (soulignement dans l’original). De fait, à cette étape, « [i]l est important que les enquêteurs découvrent le plus d’éléments de preuve possible » : par. 24 (je souligne).
- Quatrièmement, l’imposition d’un critère de stricte nécessité entraverait grandement la capacité de la police à mener une enquête et à obtenir des éléments de preuve à l’égard de possibles crimes.

[58] Ainsi, bien que la valeur probante des documents demandés puisse être prise en considération lors de la mise en balance de l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et du droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d’autre part, je ne peux souscrire à l’argument des appelants voulant que le critère de stricte nécessité doive être imposé.

B. *Lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média, faudrait-il imposer une exigence présumée de signifier un avis?*

[59] Les appelants demandent à la Cour d’imposer une règle selon laquelle, sauf dans les situations d’urgence, les médias devraient être avisés de toute demande sollicitant une ordonnance de communication qui les concerne.

[60] I respectfully disagree that we should impose such a requirement. As I will explain, the proposed requirement cannot be sustained in light of (1) the clear language of the *Criminal Code*; and (2) this Court’s decision in *National Post*.

(1) *Criminal Code*

[61] First, the *Criminal Code* provision authorizing the type of production order issued in this case, s. 487.014(1), grants peace officers and public officers the ability to bring an “*ex parte* application” for a production order. Parliament presumably used these words for a reason, and they ought to be given effect. With respect, imposing a presumptive notice requirement absent exigent circumstances would effectively rewrite the legislation. One of the consequences of this rewriting would be to transform production order applications relating to the media into full-blown adversarial hearings. Whatever the merits of that approach, it is not the one envisioned by Parliament.

[62] I would add, as Doherty J.A. did in the court below (para. 23), that the negative impact on the media resulting from the *ex parte* proceeding model is countered, at least to some degree, by the media’s right under s. 487.0193(1) of the *Criminal Code* to apply to court to have the production order varied or revoked before the materials are turned over to the police.

(2) *National Post*

[63] Second, in *National Post*, a majority of this Court rejected the argument that where the police are seeking a search warrant relating to the media, the media must be given notice. Justice Binnie observed that a majority of the Court in *New Brunswick* held that the special position of the media did not “import any new or additional [procedural] requirements” (para. 82, citing *New Brunswick*, at p. 475 (text in brackets added by Binnie J.)). He stated that although the media should be given the opportunity to present its case against the warrant at the earliest opportunity,

[60] Soit dit en tout respect, je ne crois pas que nous devrions imposer une telle exigence. Comme je l’expliquerai, l’exigence proposée ne peut être retenue à la lumière (1) du texte clair du *Code criminel*; et (2) de la décision de la Cour dans *National Post*.

(1) *Code criminel*

[61] Premièrement, la disposition du *Code criminel* qui autorise le type d’ordonnance de communication délivrée en l’espèce, le par. 487.014(1), donne aux agents de la paix et aux fonctionnaires publics la capacité de présenter une « demande *ex parte* » en vue d’obtenir une ordonnance de communication. Le Parlement a vraisemblablement utilisé ces mots à dessein, et il faut leur donner effet. N’en déplaise aux tenants de l’opinion contraire, présumer qu’il faut envoyer un avis en l’absence d’une situation d’urgence reviendrait dans les faits à réécrire la loi. Cela aurait notamment pour conséquence de transformer les demandes sollicitant une ordonnance de communication en lien avec un média en audiences contradictoires à part entière. Peu importe le bien-fondé de cette démarche, ce n’est pas celle qu’a envisagée le législateur.

[62] J’ajouterais, comme l’a fait le juge Doherty en Cour d’appel (par. 23), que les répercussions négatives sur les médias du modèle de l’instance *ex parte* sont contrées, au moins dans une certaine mesure, par le droit que leur confère le par. 487.0193(1) du *Code criminel* de demander au tribunal la modification ou la révocation de l’ordonnance de communication avant que les documents soient remis à la police.

(2) *National Post*

[63] Deuxièmement, dans *National Post*, les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l’argument selon lequel un média devrait être avisé lorsque la police sollicite un mandat de perquisition en lien avec lui. Le juge Binnie a noté que les juges majoritaires de la Cour dans *Nouveau-Brunswick* avaient conclu que la situation très particulière des médias « n’ajoute pas d’exigences [procédurales] supplémentaires » : par. 82, citant *Nouveau-Brunswick*, p. 475 (texte entre crochets ajouté par le juge Binnie). Il a ajouté que même si les médias devraient pouvoir présenter

it enjoys no entitlement to notice. Rather, the authorizing judge retains discretion as to the timing of when the media will be permitted to present its case, and it may be appropriate to proceed *ex parte* in “cases of urgency or other circumstances” (para. 83 (emphasis added)). These “other circumstances” may include instances where, for example, proceeding *ex parte* would help ensure the evidence does not disappear while the merits of the warrant are debated (*ibid.*). Justice Binnie cautioned, however, that where the authorizing judge does proceed *ex parte*, “adequate terms must be inserted in any warrant to protect the special position of the media, and to permit the media ample time and opportunity to point out why, on the facts, the warrant should be set aside” (para. 84).

[64] I am of the view that we should adhere to our previous decision in *National Post*. It is consistent with the *ex parte* model provided for in the *Criminal Code*, and I see no compelling reason to depart from a decision of the Court issued only eight years ago.

(3) Conclusion

[65] I would not impose a presumptive notice requirement in situations where the police are seeking a production order in relation to the media. In my view, the traditional model of *ex parte* applications for production orders “provides adequate protection to ensure a strong, vibrant and independent media, free to carry out its important role in our society without unwarranted state intrusion” (*R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (C.A.), at para. 6) (“*CBC (ONCA)*”). I would therefore give effect to the language of the *Criminal Code* and to this Court’s decision in *National Post*: as a starting proposition, there is no notice requirement where the police are seeking a production order relating to the media. Instead, the *Criminal Code* permits peace officers and public officers to bring an *ex parte* application for a production order (s. 487.014(1)), subject to the authorizing judge’s overriding discretion to require notice where he or she deems appropriate

des arguments contre le mandat à la première occasion, ils ne jouissaient pas du droit de recevoir un avis. C’est plutôt le juge saisi de la demande qui détient le pouvoir discrétionnaire de décider du moment où le média aura le droit de présenter son point de vue, et il peut être approprié d’entendre la demande *ex parte* dans les « situations d’urgence ou d’autres circonstances » : par. 83 (je souligne). Ces « autres circonstances » peuvent comprendre les cas où, par exemple, l’instruction de la demande *ex parte* contribuerait à empêcher la disparition de la preuve pendant le débat sur le bien-fondé de la délivrance du mandat : *ibid.* Cependant, le juge Binnie a précisé que lorsque le juge saisi de la demande instruit la demande *ex parte*, « il doit assortir [le mandat] de conditions adéquates pour protéger la situation très particulière du média et lui donner amplement le temps et la possibilité de justifier l’annulation du mandat, au vu des faits » : par. 84.

[64] Je suis d’avis que nous devrions souscrire à notre décision antérieure dans *National Post*. Elle est conforme au modèle de demande *ex parte* prévue dans le *Code criminel*, et je ne vois aucune raison impérieuse d’écarter une décision que la Cour a rendue il y a seulement huit ans.

(3) Conclusion

[65] Je n’imposerais pas d’obligation présumée de signifier un avis dans les situations où les services de police sollicitent une ordonnance de communication en lien avec un média. À mon avis, le modèle traditionnel de demande *ex parte* en vue d’obtenir une ordonnance de communication [TRADUCTION] « assure une protection adéquate afin que les médias soient forts, vibrants et indépendants, libres de s’acquitter de leur important rôle au sein de la société sans intrusions injustifiées de l’État » : *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (C.A.), par. 6 (« *CBC (C.A. Ont.)* »). Je donnerais donc effet au texte du *Code criminel* et à la décision de la Cour dans *National Post* : comme prémisse de départ, il n’y a pas d’obligation de signification d’un avis lorsque la police sollicite une ordonnance de communication en lien avec un média. Le *Code criminel* permet plutôt aux agents de la paix et aux fonctionnaires publics de présenter une

(see *National Post*, at para. 83; *CBC (ONCA)*, at para. 50).

[66] Absent urgency or other circumstances justifying an *ex parte* proceeding, the authorizing judge may well find it desirable to require that notice be given to the media (see *National Post*, at para. 83), especially if he or she considers that more information is necessary to properly balance the rights and interests at stake. That conclusion, however, is not mandatory.

[67] It is worth emphasizing that bare assertions in the affidavit submitted in support of the application for a production order will not provide a basis for proceeding *ex parte*. Instead, the police should show some evidentiary basis for why there is “urgency or other circumstances”. In my view, this is essential to ensure the media is not denied the opportunity to make its case before the authorizing judge without good reason. To illustrate, a broad and unsupported claim that the media is unlikely to cooperate with police or that the media could theoretically put the materials beyond the reach of authorities if notice were to be given — which is *always* a risk to at least some degree — should not suffice.

C. *What Is the Standard of Review to Be Applied on Review of a Production Order Relating to the Media?*

[68] Setting aside the *JSPA* for the moment, there are two main avenues through which a person subject to a production order may challenge the order:

- First, the person may pursue a statutory right of review. A person required to produce a document under s. 487.014 of the *Criminal Code* may bring an application under s. 487.0193(1) to

demande *ex parte* afin d’obtenir une ordonnance de communication (par. 487.014(1)), sous réserve du pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge saisi de la demande, qui peut exiger qu’un avis soit donné lorsqu’il le juge approprié : voir *National Post*, par. 83; *CBC (C.A. Ont.)*, par. 50.

[66] En l’absence de situations d’urgence ou d’autres circonstances qui peuvent justifier la procédure *ex parte*, le juge saisi de la demande peut fort bien conclure qu’il est préférable d’aviser le média (voir *National Post*, par. 83), surtout s’il ou elle considère qu’il serait nécessaire de disposer de plus de renseignements pour mettre correctement en balance les droits et intérêts en jeu. Le juge n’est toutefois pas tenu de tirer une telle conclusion.

[67] Il convient de souligner que les simples affirmations dans l’affidavit soumis à l’appui de la demande relative à l’ordonnance de communication ne sauraient justifier une audience *ex parte*. Les policiers doivent plutôt faire état de certains éléments de preuve qui expliquent pourquoi il y a « situation d’urgence ou autres circonstances ». À mon avis, cela est essentiel pour faire en sorte que les médias ne se voient pas refuser sans raison valable l’occasion de présenter leur preuve devant le juge saisi de la demande. À titre d’exemple, une allégation générale et non étayée selon laquelle il est improbable que le média coopère avec les services de police ou qu’il puisse théoriquement mettre les renseignements hors de portée des autorités si un avis est donné — ce qui est *toujours* un risque, jusqu’à un certain point — ne devrait pas être suffisante.

C. *Quelle est la norme de contrôle applicable à l’examen d’une ordonnance de communication en lien avec un média?*

[68] En faisant fi, pour le moment, de la *LPSJ*, il existe deux moyens principaux par lesquels une personne visée par une ordonnance de communication peut la contester :

- D’abord, elle peut exercer son droit à un examen prévu par la loi. En effet, la personne qui est tenue de communiquer un document en application de l’art. 487.014 du *Code criminel* peut présenter

the justice or judge who made the order, or to a judge in the judicial district where the order was made, to revoke or vary the order. Such an application may succeed only if the reviewing judge is satisfied that (a) it would be unreasonable in the circumstances to require the applicant to prepare or produce the document or (b) production of the document would disclose information that is privileged or otherwise protected from disclosure by law (s. 487.0193(4)).

- Second, provided the order was not made by a justice of a superior court (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at §1:2210), the person may file an application for *certiorari* in a superior court.

[69] With respect to this second avenue, *Garofoli* is the leading authority on the standard of review. Put succinctly, the standard to be applied is whether — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — the authorizing judge “could have” granted the authorization (p. 1452). The reviewing judge is not entitled to substitute his or her view for that of the authorizing judge (*ibid.*). Instead, the reviewing judge is restricted to determining whether “there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued” (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 54 (emphasis deleted); see also *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 40-43; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148, at paras. 68-72).

[70] Although this Court has never explicitly indicated that the *Garofoli* standard applies on an application to set aside a production or other investigative order relating to the media, Binnie J. in *National Post* stated that the standard is whether “there was no reasonable basis” for the order, and the reviewing judge “is generally bound . . . to afford a measure of deference to the determination of the issuing justice”

une demande en vertu du par. 487.0193(1) au juge de paix ou au juge qui a rendu l’ordonnance ou à tout autre juge du district judiciaire où elle a été rendue afin de la faire modifier ou révoquer. Le juge saisi de la demande n’y accédera que s’il est convaincu a) qu’il est déraisonnable, dans les circonstances, d’obliger l’intéressé à préparer ou à communiquer le document, ou b) que la communication révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges (par. 487.0193(4)).

- Ensuite, à condition que l’ordonnance n’ait pas été rendue par un juge d’une cour supérieure (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, §1:2210), la personne peut présenter une demande de *certiorari* devant une cour supérieure.

[69] En ce qui a trait à cette deuxième possibilité, l’arrêt *Garofoli* est l’arrêt de principe concernant la norme de contrôle. En bref, la norme applicable est celle de savoir — au vu du dossier qui a été soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — si le juge qui a accordé l’autorisation « pouvait le faire » : p. 1452. Le juge chargé de la révision n’est pas autorisé à substituer son opinion à celle du juge qui a accordé l’autorisation : *ibid.* La fonction du juge siégeant en révision se limite plutôt à établir « s’il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge [a] pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisation » : *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 54 (soulignement omis); voir aussi *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 40-43; *R. c. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148, par. 68-72.

[70] Bien que la Cour n’ait jamais explicitement indiqué que la norme établie dans *Garofoli* s’applique à une demande visant l’annulation d’une ordonnance de communication ou d’une autre ordonnance d’investigation en lien avec un média, dans *National Post*, le juge Binnie a affirmé que la norme est celle qui consiste à établir s’il y avait « absence de motifs raisonnables » pour justifier la délivrance de

(para. 80). In my view, the “no reasonable basis” standard is functionally equivalent to the *Garofoli* standard described above.

[71] The appellants submit that although the *Garofoli* standard may be an appropriate one to apply when reviewing production orders generally, it is far too deferential when applied to production orders relating to the media. This is the case, they say, because the production order will generally have been made *ex parte*, and therefore the authorizing judge would not have had the benefit of hearing the media’s case when balancing the rights and interests at stake as required by *Lessard*. Consequently, unless the media is entitled to a *de novo* review, it will have been denied the opportunity to have its interests pitted against those of the state in determining whether the order *should* be made, not merely whether it *could* have been made.

[72] I agree that where the production order was made against the media *ex parte*, the highly deferential *Garofoli* standard may, in some cases, work unfairness. In fact, though I need not rely on this concession, the Crown accepted that in the context of production orders made against the media *ex parte*, “you cannot just take the *Garofoli* framework as it was laid down in *Garofoli* and apply it” (transcript, at p. 105).

[73] However, it may be going too far to create a general rule entitling the media to a *de novo* review of *any* production order that was made *ex parte*. In my view, where the production order was made *ex parte*, the following test should be applied: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge’s opinion, could reasonably have affected the authorizing judge’s decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement,

l’ordonnance. En outre, le juge chargé de la révision « est habituellement tenu [. . .] de faire preuve d’une certaine retenue à l’égard de la décision du juge qui a entendu la demande de mandat » : par. 80. À mon avis, la norme d’« absence de motifs raisonnables » est l’équivalent fonctionnel de la norme établie dans *Garofoli*, décrite précédemment.

[71] Les appelants soutiennent que, même si l’application de la norme établie dans *Garofoli* peut être appropriée lors de l’examen des ordonnances de communication en général, elle exige beaucoup trop de déférence lorsqu’elle s’applique à une ordonnance de communication en lien avec un média. Selon eux, il en est ainsi parce que l’ordonnance de communication est généralement rendue *ex parte* et que, en conséquence, le juge saisi de la demande ne peut pas entendre la position du média avant de mettre en balance les droits et les intérêts en jeu comme l’exige l’arrêt *Lessard*. Sauf si le média a droit à un examen *de novo*, ses intérêts n’auront donc pas pu être comparés à ceux de l’État lorsque le juge a décidé si l’ordonnance *devait* être accordée, et non seulement si elle *avait pu* être accordée.

[72] Certes, lorsque l’ordonnance de communication a été rendue *ex parte* contre un média, la norme énoncée dans *Garofoli*, qui commande une grande déférence, peut, dans certains cas, créer des injustices. En fait, même si je n’ai pas besoin de me fonder sur cette concession, la Couronne a admis que, dans le contexte d’une ordonnance de communication prononcée *ex parte* contre un média, [TRADUCTION] « on ne peut pas simplement prendre le cadre d’analyse tel qu’il a été énoncé dans *Garofoli* et l’appliquer » : transcription, p. 105.

[73] Il pourrait toutefois être exagéré de créer une règle générale autorisant les médias à obtenir une révision *de novo* de *toute* ordonnance de communication qui été rendue *ex parte*. À mon avis, lorsque l’ordonnance a été ainsi rendue, il faut appliquer le test suivant : si le média expose des renseignements qui n’ont pas été portés à la connaissance du juge saisi de la demande et qui, selon le juge chargé de la révision, auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision du premier juge de délivrer l’ordonnance, le média aura droit

then the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the production order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order. In applying the *Garofoli* standard in this context, reviewing judges should bear in mind that authorizing judges are required to give special consideration to the vital role of the media in a free and democratic society and to balance the state’s interest in investigating and prosecuting crimes and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news.

[74] The threshold requirement of pointing to information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision, which should be assessed on a case-by-case basis, is not unduly burdensome. For example, without purporting to supply an exhaustive list, the requisite threshold may be satisfied by pointing to:

- a confidentiality agreement protecting the source’s identity, or an agreement to keep certain communications “off the record” or to treat them as “not for attribution”, that the authorizing judge was not aware of;
- unique features in the nature of the journalist-source relationship that the authorizing judge was not aware of;
- evidence that the production order affected, affects, or will affect the media — such as by preventing or delaying publication or compromising a journalistic investigation — in a way that could not have been foreseen by the authorizing judge;

à une révision *de novo*. Si, par contre, le média ne respecte pas cette exigence minimale, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s’appliquera, ce qui signifie que l’ordonnance de communication sera annulée seulement si le média peut établir que — au vu du dossier soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande a pu accorder l’ordonnance. Lorsqu’il applique la norme établie dans *Garofoli* dans ce contexte, le juge siégeant en révision doit garder à l’esprit que le juge saisi de la demande est tenu d’accorder une attention particulière au rôle essentiel des médias dans une société libre et démocratique, et de mettre en balance l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs et l’intérêt des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations.

[74] Le critère minimal, qui consiste à exposer des renseignements qui n’ont pas été soumis au juge saisi de la demande et qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision — ce qui doit être évalué au cas par cas — n’est pas un fardeau excessif. Par exemple, sans prétendre dresser ici une liste exhaustive, les médias pourraient s’en acquitter en signalant les éléments suivants :

- une entente de confidentialité qui protège l’identité de la source, ou une entente selon laquelle certaines communications ont été faites « à titre confidentiel » ou doivent être considérées comme ayant été faites « sous le couvert de l’anonymat », dont le juge saisi de la demande n’avait pas connaissance;
- des caractéristiques uniques de la nature de la relation entre le journaliste et sa source, dont le juge saisi de la demande n’avait pas connaissance;
- la preuve que l’ordonnance de communication a eu, a ou aura une incidence sur le média — par exemple en empêchant ou en retardant une publication ou en compromettant une enquête journalistique — d’une manière telle que n’aurait pas pu prévoir le juge saisi de la demande;

- specific evidence — rather than general concerns — concerning chilling effects that the authorizing judge was not aware of; or
- alternative sources of the information that the authorizing judge was not aware of.
- des éléments de preuve précis — plutôt que des préoccupations d'ordre général — quant aux effets dissuasifs dont le juge saisi de la demande n'avait pas connaissance; ou
- d'autres sources de renseignements dont le juge saisi de la demande n'avait pas connaissance.

[75] The requisite threshold would not, however, be satisfied by relying on the fact that the materials sought were provided on a confidential basis if that fact was known to the authorizing judge, as was the case in *National Post*. Nor would it be satisfied by a general assertion that the authorizing judge did not give sufficient weight to concerns over chilling effects or simply did not strike the right balance.

[76] This modified *Garofoli* standard recognizes that a strict application of the *Garofoli* standard may work significant unfairness where, due to absence of the media at the authorization stage, information that could reasonably have affected the decision was not before the authorizing judge. In such circumstances, the authorizing judge would have performed the *Lessard* analysis — which requires a “careful weighing” of the rights and interests at stake and that the media be given “particularly careful consideration” (*Lessard*, at p. 444) — without having fully weighed both sides of the scale. A decision that was made without having considered all of the relevant information that could reasonably have affected the outcome cannot rightly be shown deference, and therefore a fresh weighing is justified.

[77] However, this modified *Garofoli* standard also recognizes that there is no principled reason to undertake a *de novo* review where the media cannot point to information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the authorizing judge's decision to issue the order. In some circumstances, even where the media was absent at the authorization hearing, the authorizing judge may have had all the information that could reasonably have

[75] Cependant, un média ne peut satisfaire au critère minimal requis en se fondant sur le fait que les renseignements demandés ont été fournis à titre confidentiel si le juge saisi de la demande était au courant de ce fait, comme c'était le cas dans *National Post*. Ils ne peuvent pas non plus y satisfaire en affirmant de façon générale que le juge saisi de la demande n'a pas donné suffisamment d'importance aux effets dissuasifs ou qu'il n'a tout simplement pas établi le juste équilibre.

[76] Cette norme *Garofoli* modifiée reconnaît que l'application stricte de la norme établie dans cet arrêt peut créer d'importantes injustices lorsque, en raison de l'absence des médias au stade de l'autorisation, des renseignements qui auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur la décision n'ont pas été soumis au juge saisi de la demande. Dans ces circonstances, ce juge saisi de la demande aurait effectué l'analyse énoncée dans *Lessard* — qui exige de « comparer soigneusement » les droits et intérêts en jeu et qui prévoit que les médias ont droit à une « attention toute particulière » (*Lessard*, p. 444) — sans avoir pleinement mis en balance les différents intérêts en jeu. Une décision qui a été prise sans que tous les renseignements pertinents raisonnablement susceptibles d'avoir une incidence sur le résultat n'aient été examinés ne peut à bon droit être traitée avec déférence; il est donc justifié dans ces circonstances de procéder à une nouvelle mise en balance.

[77] Cela dit, cette norme *Garofoli* modifiée reconnaît aussi qu'aucune raison logique ne justifie qu'une révision *de novo* soit entreprise lorsque le média ne peut pas présenter des renseignements qui n'ont pas été soumis au juge saisi de la demande et qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision de rendre l'ordonnance. Dans certaines circonstances, même lorsque le média n'a pas été présent lors de l'audition de la demande

affected the decision before him or her. If there is no information offered on review that could reasonably have affected the authorization decision but was not before the authorizing judge, then the justification for permitting a *de novo* review — namely, that relevant considerations were not taken into account — falls away.

[78] There are, of course, good reasons for showing deference to the authorizing judge’s decision where he or she had all of the relevant information bearing on the decision before him or her. For example, a production order is presumptively a valid court order and *de novo* review would be inconsistent with the existence of a valid court order. Additionally, the discretionary nature of a decision to issue a production order invites a deferential standard of review. More broadly, while the media carries with it unique considerations given its special role in society, that does not necessarily make the *Garofoli* standard any less appropriate.

[79] This modified *Garofoli* standard is not inconsistent with *National Post*. As indicated, Binnie J. stated in that case that the reviewing judge “is generally bound . . . to afford a measure of deference to the determination of the issuing justice” (para. 80 (emphasis added)). His use of the word “generally” clearly contemplated that deference would not be an absolute rule. For the reasons I have identified, I consider it appropriate to recognize an exception where the production order relating to the media was made *ex parte* in circumstances where the authorizing judge did not have before him or her all the information that could reasonably have affected the decision. While the *Garofoli* standard applies as a general rule, “[t]he media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society” (*Lessard*, at p. 444).

d’autorisation, il est possible que le juge saisi de la demande ait disposé de tous les renseignements qui pouvaient raisonnablement avoir une incidence sur sa décision. Si, lors de la révision, le média ne met de l’avant aucun renseignement qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision relative à l’autorisation, mais qui n’a pas été soumis au juge saisi de la demande, la raison qui justifie la révision *de novo* — soit que les facteurs pertinents n’ont pas été considérés — ne tient plus.

[78] Évidemment, il existe de bonnes raisons de faire preuve de déférence à l’égard de la décision du juge saisi de la demande lorsque celui-ci disposait de tous les renseignements pertinents qui avaient une incidence sur la décision qu’il devait prendre. Par exemple, une ordonnance de communication est présumée être une ordonnance judiciaire valide, et une révision *de novo* ne serait pas compatible avec l’existence d’une telle ordonnance. De plus, la nature discrétionnaire de la décision de rendre une ordonnance de communication commande une norme de contrôle empreinte de déférence. De façon plus générale, bien qu’un média soit porteur de considérations uniques compte tenu de son rôle particulier au sein de la société, la norme *Garofoli* n’est pas pour autant moins appropriée.

[79] Cette norme *Garofoli* modifiée est compatible avec l’arrêt *National Post*. Comme je l’ai déjà indiqué, le juge Binnie a affirmé dans cette décision que le juge chargé de la révision « est habituellement tenu [. . .] de faire preuve d’une certaine retenue à l’égard de la décision du juge qui a entendu la demande de mandat » : par. 80 (je souligne). Il ressort clairement de son emploi du mot « habituellement » que la déférence n’est pas une règle absolue. Pour les raisons que j’ai cernées, j’estime approprié de reconnaître une exception lorsque l’ordonnance de communication en lien avec un média a été rendue *ex parte* dans une situation où le juge saisi de la demande ne disposait pas de tous les renseignements raisonnablement susceptibles d’avoir une incidence sur sa décision. Même si la norme *Garofoli* s’applique de façon générale, « [l]es médias ont droit à cette attention particulière en raison de l’importance de leur rôle dans une société démocratique » : *Lessard*, p. 444.

[80] I wish to re-emphasize that it remains open to the authorizing judge to exercise his or her discretion to require that the media be given notice, and judges should not hesitate to exercise this discretion where the police have failed to provide some evidentiary basis for why there is “urgency or other circumstances”. In addition, where the affidavit in support of the application appears to leave important gaps in information (e.g., regarding the nature of the journalist-source relationship), or where the authorizing judge is uncertain as to the effect the order may have on the specific media outlet or the media more broadly, the authorizing judge may well decide that it would be unwise to proceed *ex parte*. While *ex parte* proceedings remain the statutory *status quo*, authorizing judges are not bound to proceed in this manner. Requiring notice will generally obviate the need for a *de novo* review, with consequential savings to the administration of justice.

[81] Finally, for the sake of clarity, I wish to add that where the media was given notice and appeared before the authorizing judge, there is generally good reason to apply the traditional *Garofoli* standard on review. In that context, permitting a *de novo* review may do little more than add unnecessary time and expense.

D. *Reorganization of Lessard Factors*

[82] Having settled the main jurisprudential issues on appeal, I wish to take this opportunity to reorganize the *Lessard* factors to make them easier to apply in practice. On an application for a production order against the media, the authorizing judge should apply a four-part analysis:

- (1) **Notice.** First, the authorizing judge must consider whether to exercise his or her discretion to require notice to the media. While the statutory *status quo* is an *ex parte* proceeding (see *Criminal Code*, s. 487.014(1)), the authorizing judge has discretion to require notice where he

[80] Je tiens à souligner une fois de plus que le juge saisi de la demande a la possibilité d’exiger, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé, et il ne devrait pas hésiter à exercer ce pouvoir lorsque les services de police n’ont pas fourni la preuve établissant des « situations d’urgence ou d’autres circonstances ». De plus, lorsque l’affidavit à l’appui de la demande semble comporter d’importantes lacunes quant aux renseignements (p. ex., concernant la nature de la relation entre le journaliste et sa source), ou lorsque le juge saisi de la demande ne sait pas avec certitude quels effets pourrait avoir l’ordonnance sur un organe de presse en particulier ou sur les médias de façon plus générale, il peut décider qu’il ne serait pas avisé de procéder *ex parte*. Bien que l’audience *ex parte* soit le statu quo prévu par la loi, le juge saisi de la demande n’est pas tenu de procéder de cette façon. Règle générale, l’obligation de donner un avis élimine la nécessité de procéder à un examen *de novo*, ce qui entraîne des économies pour l’administration de la justice.

[81] Finalement, pour plus de précision, je voudrais ajouter que lorsque le média a reçu un avis et comparu devant le juge saisi de la demande, il existe généralement de bonnes raisons d’appliquer la norme de contrôle *Garofoli* traditionnelle. Dans ce contexte, permettre une révision *de novo* ne ferait guère plus qu’ajouter des délais et des dépenses indus.

D. *Réorganisation des facteurs établis dans Lessard*

[82] Puisque j’ai réglé les principales questions jurisprudentielles qui se posent dans le présent pourvoi, je veux profiter de cette occasion pour restructurer les facteurs établis dans *Lessard* afin de les rendre plus faciles à appliquer en pratique. Lorsque lui est soumise une demande relative à une ordonnance de communication en lien avec un média, le juge saisi de la demande doit appliquer une analyse en quatre étapes :

- (1) **Avis.** Premièrement, le juge saisi de la demande doit établir s’il y a lieu qu’il exige, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que le média soit avisé. Bien que le statu quo prévu par la loi soit l’audience *ex parte* (voir par. 487.014(1) du *Code criminel*), le juge saisi de la demande peut

or she deems appropriate (see *National Post*, at para. 83; *CBC (ONCA)*, at para. 50). Proceeding *ex parte* may be appropriate in “cases of urgency or other circumstances” (*National Post*, at para. 83). However, where, for example, the authorizing judge considers that he or she may not have all the information necessary to properly engage in the analysis described below, this may be an appropriate circumstance in which to require notice.

- (2) **Statutory Preconditions.** Second, all statutory preconditions *must* be met (*Lessard*, factor 1).
- (3) **Balancing.** Third, the authorizing judge must balance the state’s interest in the investigation and prosecution of crimes and the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news (*Lessard*, factor 3). In performing this balancing exercise, which can be accomplished only if the affidavit supporting the application contains sufficient detail (*Lessard*, factor 4), the authorizing judge should consider all of the circumstances (*Lessard*, factor 2). These circumstances may include (but are not limited to):
- (a) the likelihood and extent of any potential chilling effects;
 - (b) the scope of the materials sought and whether the order sought is narrowly tailored;
 - (c) the likely probative value of the materials;
 - (d) whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if so, whether the police have made all reasonable efforts to obtain the information from those sources (*Lessard*, factor 5);

décider, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d’exiger l’envoi d’un avis lorsqu’il le juge approprié : voir *National Post*, par. 83; *CBC (C.A. Ont.)*, par. 50. Il peut être approprié de procéder *ex parte* dans « des situations d’urgence ou d’autres circonstances » : *National Post*, par. 83. Cependant, par exemple, il peut être approprié d’exiger que le média soit avisé dans la situation où le juge saisi de la demande estime qu’il ne dispose pas de tous les renseignements nécessaires pour effectuer comme il se doit l’analyse décrite ci-dessous.

- (2) **Conditions légales préalables.** Deuxièmement, toutes les conditions légales préalables *doivent* être réunies (*Lessard*, facteur 1).
- (3) **Mise en balance.** Troisièmement, le juge saisi de la demande doit procéder à la mise en balance de l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs, d’une part, et du droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, d’autre part (*Lessard*, facteur 3). Lorsqu’il effectue cette mise en balance, qui ne peut avoir lieu que si l’affidavit à l’appui de la demande contient suffisamment de détails (*Lessard*, facteur 4), le juge saisi de la demande doit tenir compte de l’ensemble des circonstances (*Lessard*, facteur 2). Ces circonstances comprennent (notamment) :
- a) la probabilité qu’il y ait des effets dissuasifs, et l’étendue de ceux-ci, le cas échéant;
 - b) la portée des renseignements demandés et la question de savoir si l’ordonnance demandée est formulée de façon restrictive;
 - c) la valeur probante éventuelle des renseignements;
 - d) la question de savoir s’il existe d’autres sources desquelles les renseignements peuvent raisonnablement être obtenus et, dans l’affirmative, si les services de police ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de ces sources (*Lessard*, facteur 5);

- (e) the effect of prior partial publication, now assessed on a case-by-case basis (*Lessard*, factor 6); and
- (f) more broadly, the vital role that the media plays in the functioning of a democratic society and the fact that the media will generally be an innocent third party (*Lessard*, factor 3).

At the end of the day, the decision as to whether to grant the order sought is discretionary (*Lessard*, factor 2), and the relative importance of the various factors guiding that discretion will vary from case to case (see *New Brunswick*, at p. 478).

- (4) **Conditions.** Fourth, if the authorizing judge decides to exercise his or her discretion to issue the order, he or she should consider imposing conditions on the order to ensure that the media will not be unduly impeded in the publishing and dissemination of the news (*Lessard*, factor 7). The authorizing judge may also see fit to order that the materials be sealed for a period pending review.

[83] As explained above at para. 73, if the order is granted *ex parte* and is later challenged by the media, the standard of review is determined by applying the following test: if the media points to information not before the authorizing judge that, in the reviewing judge’s opinion, could reasonably have affected the authorizing judge’s decision to issue the order, then the media will be entitled to a *de novo* review. If, on the other hand, the media fails to meet this threshold requirement, then the traditional *Garofoli* standard will apply, meaning that the production order may be set aside only if the media can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the order.

[84] With this analytical framework in mind, I will now apply the law to the facts of this case.

- e) l’effet de la publication partielle antérieure, désormais examiné au cas par cas (*Lessard*, facteur 6);
- f) de façon plus générale, le rôle vital que jouent les médias dans le fonctionnement d’une société démocratique et le fait qu’ils sont généralement des tiers innocents (*Lessard*, facteur 3).

En définitive, la décision de décerner ou non l’ordonnance relève d’un pouvoir discrétionnaire (*Lessard*, facteur 2), et l’importance relative des divers facteurs guidant l’exercice de ce pouvoir variera d’une affaire à l’autre : voir *Nouveau-Brunswick*, p. 478.

- (4) **Conditions.** Quatrièmement, si le juge saisi de la demande décide de décerner l’ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il doit envisager d’assortir celle-ci de conditions pour que le média ne soit pas indûment empêché de publier et de diffuser les informations (*Lessard*, facteur 7). Le juge saisi de la demande peut également juger qu’il est approprié que les renseignements soient scellés pendant un certain temps en attendant la décision en révision.

[83] Comme je l’ai déjà expliqué au par. 73, si l’ordonnance est décernée lors d’une audience *ex parte* et qu’elle est ultérieurement contestée par le média, la norme de contrôle sera établie en appliquant le test suivant : si le média expose des renseignements dont ne disposait pas le juge saisi de la demande et qui, de l’avis du juge chargé de la révision, auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision du juge saisi de la demande de décerner l’ordonnance, le média aura droit à un examen *de novo*. Si, par contre, le média ne satisfait pas à ce critère minimal, la norme *Garofoli* traditionnelle s’appliquera, ce qui signifie que l’ordonnance de communication pourra être annulée seulement si le média peut établir que — compte tenu du dossier soumis au juge saisi de la demande, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande a pu accorder l’ordonnance.

[84] C’est en tenant compte de ce cadre d’analyse que je vais maintenant appliquer le droit aux faits de la présente affaire.

E. *Should the Production Order Be Set Aside?*(1) Notice and Standard of Review

[85] As a procedural matter, the Production Order cannot be successfully challenged on the basis that it should not have been made *ex parte*. The Information to Obtain (“ITO”) sworn by Constable Grewal explains the police’s rationale for seeking the order *ex parte*. It describes Vice Media and its operations and sets out key information regarding Mr. Makuch, his interactions with Mr. Shirdon, and the articles he wrote based on those interactions. In light of this discussion, it identifies a risk that once alerted to the police’s interest in the material, the appellants could move the materials beyond the reach of Canadian courts. It explains that before bringing the application, investigators weighed the potential risks associated with alerting the appellants of the investigative importance of the information against the benefits of obtaining the information more swiftly. It also states that there was no basis on which to be assured that the appellants would cooperate with the police, adding that the police drew “a reasonable inference that this news organization would not be able to stage this kind of interview with a purported member of a terrorist group if they had a reputation for immediately handing original evidence to the police” (A.R., at pp. 242-43). Although the police’s explanation for seeking the Production Order *ex parte* could have been stronger and better supported, I am of the view that when that explanation is read in the context of the ITO as a whole, it was open to the authorizing judge to rely on this explanation and to proceed *ex parte*, declining to exercise his discretion to require notice.

[86] On the issue of standard of review, the appellants have not pointed to any information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the decision to issue the Production Order. I note, for instance, that Mr. Makuch’s evidence

E. *L’ordonnance de communication devrait-elle être annulée?*(1) Avis et norme de contrôle

[85] Sur le plan de la procédure, l’ordonnance de communication ne peut être contestée avec succès au motif qu’elle n’aurait pas dû être le fruit d’une audience *ex parte*. Dans sa dénonciation faite sous serment, l’agent Grewal a expliqué les raisons pour lesquelles les policiers ont demandé une audience *ex parte*. La dénonciation comporte une description de Média Vice et de ses activités et énonce les principaux renseignements relatifs à M. Makuch, à ses interactions avec M. Shirdon et aux articles qu’il a écrits fondés sur ces interactions. À la lumière de ces discussions, elle fait état d’un risque que les appelants mettent les renseignements hors de la portée des tribunaux canadiens lorsqu’ils seront informés de l’intérêt qu’ils suscitent pour les services de police. La dénonciation explique en outre que, avant de présenter la demande, les enquêteurs ont soupesé les risques potentiels associés au fait d’alerter les appelants de l’importance des renseignements pour l’enquête et les avantages d’obtenir plus rapidement ces renseignements. Elle précise aussi que rien ne prouvait que les appelants collaboreraient avec les services de police, et que ceux-ci ont [TRADUCTION] « raisonnablement inféré que cet organe de presse ne serait pas en mesure d’organiser ce type d’entrevue avec une personne prétendument membre d’un groupe terroriste s’il avait la réputation de remettre immédiatement la preuve originale à la police » : d.a., p. 242-243. Même si l’explication qu’ont donnée les services de police pour présenter *ex parte* leur demande d’ordonnance de communication aurait pu être plus solide et plus étayée, je suis d’avis qu’en la lisant dans le contexte de la dénonciation dans son ensemble, le juge saisi de la demande pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se fonder sur elle pour entendre la demande *ex parte*, et refuser d’exiger l’envoi d’un avis.

[86] Quant à la question de la norme de contrôle, les appelants n’ont relevé aucun renseignement qui n’a pas été soumis au juge saisi de la demande et qui aurait raisonnablement pu avoir une incidence sur la décision de délivrer l’ordonnance de communication.

regarding chilling effects on his ability to cultivate journalist-source relationships consisted primarily of a mere assertion that “it is critical for [his] work that individuals do not view [him] as an agent of the police or that the information they provide [him] will be used for purposes of a police investigation”, as well as his stated belief that if individuals that he interviews “are aware that everything they tell [him] could be provided to police”, then “they will be much less inclined to answer [his] questions and provide [him] with information” (A.R., at p. 87). In my view, such assertions are too general to qualify as information not before the authorizing judge that could reasonably have affected the authorizing judge’s decision, especially given that the ITO does indicate that Vice Media would have difficulty staging interviews of this nature if it had a reputation for immediately handing original evidence to the police. Accordingly, the traditional *Garofoli* standard applies, and the authorizing judge’s decision may be overturned only if the appellants can establish that — in light of the record before the authorizing judge, as amplified on review — there was no reasonable basis on which the authorizing judge could have granted the Production Order.

[87] The remaining question, then, is whether the Production Order can withstand scrutiny under the *Lessard* framework, as restated above. In my view, applying that framework, there was a reasonable basis on which to grant the Production Order. The statutory preconditions were met, and based on the record it was open to the authorizing judge to conclude that the compelling state interest in the investigation and prosecution of the alleged terrorism offences at issue outweighed the media’s right to privacy in the circumstances of this case. Indeed, as I will discuss, even on a *de novo* review, the Production Order was properly granted.

Je note, par exemple, que la preuve présentée par M. Makuch quant aux effets dissuasifs sur sa capacité d’entretenir des relations journaliste-source consistait principalement en une simple affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « il est essentiel pour [son] travail que des individus ne [le] perçoivent pas comme un représentant de la police ou que les renseignements qu’ils [lui] fournissent seront utilisés à des fins d’enquêtes policières », et en sa croyance voulant que si des individus qu’il questionne « savent que tout ce qu’ils [lui] disent pourrait être remis à la police », « ils seront beaucoup moins enclins à répondre à [ses] questions et à [lui] fournir des renseignements » : d.a., p. 87. À mon avis, ces affirmations sont trop générales pour constituer des renseignements dont ne disposait pas le juge saisi de la demande qui auraient raisonnablement pu avoir une incidence sur sa décision s’il en avait eu connaissance, surtout compte tenu du fait que la dénonciation précise que Média Vice aurait de la difficulté à organiser des entrevues de la nature de celle en cause en l’espèce si elle avait la réputation de remettre immédiatement à la police les éléments de preuve originaux dont elle prend connaissance. En conséquence, la norme traditionnelle établie dans *Garofoli* s’applique, et la décision du juge saisi de la demande peut être annulée seulement si les appelants démontrent que — compte tenu du dossier dont dispose le juge, étoffé lors de la révision — il n’y avait aucun fondement raisonnable sur lequel le juge a pu s’appuyer pour accorder l’ordonnance de communication.

[87] Il reste donc à décider si l’ordonnance de communication peut résister à une analyse selon le cadre établi dans *Lessard*, comme il a été reformulé précédemment. À mon avis, si on applique ce cadre d’analyse, il existait un fondement raisonnable justifiant l’octroi de l’ordonnance de communication. Il était satisfait aux conditions préalables prévues par la loi et, selon le dossier, le juge saisi de la demande pouvait conclure que l’intérêt impérieux de l’État à enquêter sur des infractions de terrorisme présumées en l’espèce et à poursuivre leurs auteurs prévalait sur le droit du média à la confidentialité dans les circonstances de la présente affaire. En fait, comme je l’expliquerai, même si on procédait à un examen *de novo*, il faudrait conclure que l’ordonnance de communication a été décernée à bon droit.

(2) Statutory Preconditions

[88] Subsection 487.014(2) of the *Criminal Code* permits a judge or justice to issue a production order where he or she is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that (1) “an offence has been or will be committed”; (2) “the document or data is in the person’s possession or control”; and (3) the document or data “will afford evidence respecting the commission of the offence”.

[89] Here, these baseline statutory requirements were met:

- First, the ITO provided reasonable grounds to believe that Mr. Shiridon had committed certain offences — including participating in the activities of a terrorist group contrary to s. 83.18 of the *Criminal Code* and committing indictable offences (namely, uttering threats of death) for a terrorist group contrary to s. 83.2 — in relation to his alleged participation in, and facilitation of, the activities of ISIS.
- Second, the ITO provided reasonable grounds for believing that the appellants had in their possession the materials sought — including records of communications between Mr. Shiridon and Mr. Makuch over Kik messenger — based on the police’s belief that Mr. Makuch, as a journalist, would have saved the communications.
- Third, the ITO provided reasonable grounds for believing that those materials would afford evidence respecting the commission of the alleged offences. As MacDonnell J. observed, the ITO provided an overview of the results of the investigation, set out the basis for the police’s belief that Mr. Shiridon had made statements to Mr. Makuch with respect to his involvement in ISIS (statements which, on their face, were evidence of the offences under investigation), and affirmed that the affiant believed that the documents sought “will afford evidence of the . . .

(2) Conditions légales préalables

[88] Le paragraphe 487.014(2) du *Code criminel* permet au juge ou au juge de paix de délivrer une ordonnance de communication lorsqu’il est convaincu, par une dénonciation faite sous serment, qu’il existe des motifs raisonnables de croire que (1) « une infraction [. . .] a été ou sera commise »; (2) « le document ou les données sont en la possession de la personne ou à sa disposition »; et (3) le document ou les données « fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction ».

[89] Dans le cas qui nous occupe, ces exigences législatives initiales étaient respectées :

- Premièrement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que M. Shiridon avait commis certaines infractions — il aurait notamment participé aux activités d’un groupe terroriste (infraction prévue à l’art. 83.18 du *Code criminel*) et commis des actes criminels (notamment proféré des menaces de mort) pour un groupe terroriste (infraction prévue à l’art. 83.2 du *Code criminel*) — en lien avec sa prétendue participation aux activités de DAECH et sa facilitation de celles-ci.
- Deuxièmement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que les appelants avaient en leur possession les renseignements sollicités — y compris les communications entre M. Shiridon et M. Makuch sur l’application Kik Messenger — fondés sur la croyance des policiers que M. Makuch, puisqu’il est journaliste, aurait sauvegardé les communications.
- Troisièmement, la dénonciation fournissait des motifs raisonnables de croire que ces documents pouvaient offrir des éléments de preuve concernant la perpétration des infractions présumées. Comme l’a noté le juge MacDonnell, la dénonciation fournissait un aperçu des résultats de l’enquête, énonçait le fondement de la croyance des policiers selon laquelle M. Shiridon avait fait des déclarations à M. Makuch en ce qui a trait à sa participation à DAECH (déclarations qui, à première vue, étaient des éléments de preuve des infractions faisant l’objet de l’enquête), et

offences” (2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, at para. 21, citing ITO, at para. 17, as reproduced in A.R., at p. 148).

Thus, the statutory preconditions for the issuance of a production order were satisfied in the circumstances.

(3) Balancing

[90] This case turns on the *Lessard* balancing exercise — an exercise which this Court has recognized can be a “difficult and complex process” (p. 444).

(a) *Media’s Right to Privacy in Gathering and Disseminating News*

[91] Beginning with the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, there are two main factors that, in my view, demonstrate that the impact of the Production Order on this right is attenuated: (1) the nature of the materials sought; and (2) the narrow scope of the order and the fact that it is minimally disruptive of the appellants’ legitimate activities.

[92] First, unlike in *National Post*, this is not a case in which compliance with the order would result in a confidential source’s identity being revealed. Mr. Shirdon never insisted on confidentiality. Although he used a pseudonym when he first connected with Mr. Makuch, he openly identified himself as the Canadian who had burned his passport in the online propaganda video, and his name was used repeatedly throughout the articles in question. Clearly, he did not regard himself as a confidential source, nor did Mr. Makuch. Nor is there any indication in the record that any of the information Mr. Shirdon provided to Mr. Makuch was “off the record” or “not for attribution”. Moreover, without insisting on confidentiality, Mr. Shirdon used the appellants as a means through which to publicize his activities

indiquait que le déposant croyait que les documents demandés [TRADUCTION] « fourniront une preuve des . . . infractions » : 2016 ONSC 1961, 352 C.R.R. (2d) 60, par. 21, citant la dénonciation, par. 17, telle qu’elle est reproduite dans le d.a., p. 148.

Dans les circonstances, il avait donc été satisfait aux conditions légales préalables pour la délivrance d’une ordonnance de communication.

(3) Mise en balance

[90] La présente affaire repose sur la mise en balance établie dans *Lessard* : une mise en balance qui peut s’avérer « difficile et compliqué » selon la Cour : p. 444.

a) *Droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations*

[91] Tout d’abord, selon moi, deux principaux facteurs démontrent que l’incidence de l’ordonnance de communication sur le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations est réduite : (1) la nature des renseignements demandés; et (2) la portée étroite de l’ordonnance et le fait qu’elle ne représente qu’une perturbation minimale des activités légitimes des appelants.

[92] D’abord, contrairement à la situation qui prévalait dans *National Post*, il ne s’agit pas d’une affaire où le respect de l’ordonnance aurait pour effet de révéler l’identité d’une source anonyme. M. Shirdon n’a jamais mis l’accent sur la confidentialité. Bien qu’il ait utilisé un pseudonyme lorsqu’il a initialement pris contact avec M. Makuch, il s’est ouvertement présenté comme étant le Canadien qui avait brûlé son passeport dans la vidéo de propagande diffusée en ligne et son nom a été utilisé à plusieurs reprises dans les articles en cause. Il est évident qu’il ne se considérait pas comme une source anonyme, et que M. Makuch ne le percevait pas comme tel non plus. Rien n’indique non plus dans le dossier que M. Shirdon a fourni des renseignements à M. Makuch « à titre confidentiel » ou « sous le

with ISIS and broadcast its extremist views as a sort of spokesperson on behalf of the organization. As MacDonnell J. put it, Mr. Shirdon regarded the appellants as “the channels through which he would speak to the whole world” (para. 43). Clearly, therefore, this is no ordinary case. While the Production Order could arguably raise some concerns over potential chilling effects — for example, it may convey a sense that the media is being conscripted as an arm of the state, discourage journalists from keeping notes and records regarding their communications with suspected criminals, or lead those involved in criminal activities to have second thoughts about speaking to the media — the factors described above largely mitigate any potential chilling effect that might otherwise be associated with the Production Order.

[93] Second, in my view, a carefully tailored order, targeting only a limited scope of materials that are closely related to the offence(s) under investigation, has a lesser impact on the media’s right to privacy in gathering and disseminating the news, as compared to a more sweeping order. Here, the Production Order is carefully tailored, targeting a relatively discrete set of records and communications. The scope of materials sought does not overreach or result in undue interference. Relatedly, the order is only minimally disruptive of the appellants’ legitimate activities. No search is involved, and compliance would not be unduly burdensome. Accordingly, this factor militates in favour of the Production Order.

(b) *State’s Interest in Investigating and Prosecuting Crime*

[94] Turning to the other side of the scale, there are four main factors that, in my view, demonstrate that

couvert de l’anonymat ». De plus, sans insister sur la confidentialité, M. Shirdon a utilisé les appelants pour publiciser ses activités auprès de DAECH et propager ses idées extrémistes, en tant en quelque sorte, que porte-parole de l’organisation. Comme l’a affirmé le juge MacDonnell, M. Shirdon voyait les appelants comme étant [TRADUCTION] « la voie par laquelle il pourrait s’adresser au monde entier » : par. 43. Il est donc évident qu’il ne s’agit pas d’une affaire ordinaire. Même si l’ordonnance de communication peut raisonnablement soulever certaines préoccupations concernant des effets dissuasifs éventuels — par exemple, elle pourrait donner l’impression que le média est utilisé en tant que prolongement de l’État, décourager les journalistes de conserver des notes et des relevés concernant leurs communications avec les personnes soupçonnées de crimes, ou amener les personnes ayant participé à des activités criminelles à revenir sur leur décision de parler aux médias —, les facteurs décrits précédemment atténuent largement tout effet dissuasif qui pourrait autrement être associé à l’ordonnance de communication.

[93] Ensuite, à mon avis, une ordonnance soigneusement rédigée, qui vise seulement un nombre limité de renseignements étroitement liés aux infractions qui font l’objet d’une enquête, aurait une moins grande incidence sur le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans la collecte et la diffusion des informations, en comparaison à une ordonnance plus générale. En l’espèce, l’ordonnance de communication est soigneusement rédigée et ne vise qu’un nombre relativement restreint de renseignements et de communications. La portée des renseignements demandés n’est pas excessive et ne donne pas lieu à une immixtion injustifiée. Dans le même ordre d’idées, l’ordonnance ne constitue qu’une perturbation minimale des activités légitimes des appelants; elle ne comporte aucune recherche, et s’y conformer ne constitue pas un fardeau excessif. En conséquence, ce facteur milite pour la délivrance de l’ordonnance de communication.

b) *Intérêt de l’État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs*

[94] Par ailleurs, quatre principaux facteurs illustrent, à mon avis, que l’intérêt de l’État à enquêter

the state's interest in investigating and prosecuting crime is high in this case: (1) the seriousness of the crimes alleged and the need to respond swiftly; (2) the importance of the materials sought to the investigation and prosecution of the alleged offences; (3) the absence of alternative sources from which the information may be reasonably obtained; and (4) the fact of prior partial publication.

[95] First, as Cory J. stated in *New Brunswick*, “investigation of a serious and violent crime [is] of importance to the state”, and this importance will be further enhanced where there is some urgency to the investigation (p. 476). The offences with which Mr. Shirdon has been charged include participating in the activities of a terrorist group and committing indictable offences (namely, uttering threats of death) for a terrorist group. Such conduct is incompatible with a safe, peaceful, and democratic society. And according to one of Mr. Makuch's articles, Mr. Shirdon communicated to Mr. Makuch a specific threat that if Canada joins the crusade against Muslims, then blood will flow in the streets of Canada and Canadians will be attacked in their homes. Suffice it to say that a threat of this nature cannot be taken lightly, nor can a response be put off until later. To the contrary, the offences alleged demand a swift and committed response.

[96] Second, the records sought — including screenshots of the unedited communications between Mr. Makuch and Mr. Shirdon (rather than simply Mr. Makuch's interpretation and relaying of those communications) — would provide reliable, direct, and probative evidence that would not require second-hand interpretation. Such evidence would significantly advance the investigation and prosecution of the offences alleged. Therefore, the state's interest in the materials is heightened.

[97] Third, the materials sought are not available from any other source. The ITO stated that the efforts of the police to obtain the materials from the

sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs est important dans la présente affaire : (1) la gravité des crimes présumés et la nécessité que des mesures soient prises rapidement; (2) l'importance des renseignements demandés pour l'enquête et la poursuite des infractions présumées; (3) l'absence d'autres sources desquelles les renseignements pouvaient raisonnablement être obtenus; et (4) le fait que les renseignements ont déjà été partiellement publiés.

[95] Premièrement, comme l'a affirmé le juge Cory dans *Nouveau-Brunswick*, « [l']enquête relative à un crime grave et violent [est] importante pour l'État », et cette importance est accrue lorsqu'il y a une certaine urgence à effectuer l'enquête : p. 476. Les infractions dont a été accusé M. Shirdon comprennent la participation à des activités d'un groupe terroriste et la commission d'actes criminels (notamment proférer des menaces de mort) pour un groupe terroriste. Un tel comportement est incompatible avec une société sécuritaire, pacifique et démocratique. De plus, selon un des articles de M. Makuch, M. Shirdon lui aurait communiqué une menace précise, selon laquelle le sang coulerait dans les rues du Canada et les Canadiens seraient attaqués dans leur maison si le Canada participait à la croisade contre les musulmans. Il va sans dire qu'une menace de cette nature ne peut être prise à la légère, et qu'on ne peut remettre à plus tard la prise de mesures. Au contraire, les infractions présumées exigent une réponse rapide et engagée.

[96] Deuxièmement, les renseignements demandés — y compris les captures d'écran des communications non caviardées entre MM. Makuch et Shirdon (plutôt que simplement l'interprétation et la transmission par M. Makuch de ces communications) — fournissent des éléments de preuve fiables, directs et probants qui ne nécessitent pas d'interprétation de seconde main. Ces éléments de preuve feraient nettement progresser l'enquête et la poursuite relative aux infractions présumées. En conséquence, l'intérêt de l'État à l'égard des renseignements est renforcé.

[97] Troisièmement, les renseignements demandés ne peuvent être obtenus d'une autre source. La dénonciation précisait que les efforts des policiers pour

text-messaging service provider, Kik Interactive, or from any other individual or company, were unsuccessful. There is nothing suggesting the materials sought may be available through some other alternative source.

[98] Fourth, in this case, prior partial publication also militates in favour of granting the Production Order. Justice MacDonnell stated that “[t]he authorizing justice was also entitled to consider that the bulk of the information that Shirdon communicated to Mr. Makuch had been published by Mr. Makuch” (para. 44). Mr. Makuch went even further, stating in his affidavit that “[a]ll relevant information and comments that Shirdon made during our K[ik] Messenger exchanges were included in my articles” (A.R., at p. 86), though of course those articles did not include the full record of the original communications themselves. Further, the publication of the articles put into the public sphere information relating to the commission of serious terrorism offences. As Cory J. stated in *Lessard*, “[w]hen a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted” (p. 447).

[99] In light of the considerations outlined above, the state’s interest in the materials is high in this case. This militates in favour of the Production Order.

(c) *Conclusion*

[100] I therefore conclude that the balancing exercise favours the issuance of the Production Order.

(4) Conditions

[101] Finally, following this Court’s guidance in *National Post* (see para. 84), the authorizing judge imposed adequate terms in the Production Order providing ample time — a full 60 days — to comply with the order, thereby giving the appellants

obtenir les renseignements auprès du fournisseur de service de messagerie texte, Kik Interactive, ou de toute autre personne ou entreprise, ont échoué. Rien ne laisse croire que les renseignements demandés auraient pu être obtenus auprès d’une autre source.

[98] Quatrièmement, en l’espèce, la publication partielle antérieure milite aussi en faveur de l’octroi de l’ordonnance de communication. Le juge MacDonnell a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e juge saisi de la demande est aussi habilité à tenir compte du fait qu’une grande partie des renseignements que M. Shirdon a communiqués à M. Makuch avaient été publiés par ce dernier » : par. 44. M. Makuch est même allé plus loin en affirmant dans son affidavit que [TRADUCTION] « [t]ous les renseignements pertinents et les commentaires que M. Shirdon a faits pendant nos échanges sur K[ik] Messenger se trouvent dans mes articles » (d.a., p. 86), même si évidemment ces articles ne comprennent pas un relevé complet des communications originales elles-mêmes. De plus, la publication des articles a versé dans le domaine public des renseignements relatifs à la perpétration d’infractions graves de terrorisme. Comme l’a affirmé le juge Cory dans *Lessard*, « [l]orsqu’un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s’attendre à ce qu’il fasse l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, d’une poursuite » : p. 447.

[99] Compte tenu des considérations énoncées précédemment, l’intérêt de l’État à l’égard des documents est élevé en l’espèce, ce qui milite pour l’octroi de l’ordonnance de communication.

c) *Conclusion*

[100] Je conclus donc que l’exercice de mise en balance favorise la délivrance de l’ordonnance de communication.

(4) Conditions

[101] Enfin, conformément aux directives que la Cour a données dans *National Post* (voir par. 84), le juge saisi de la demande a assorti l’ordonnance de communication de conditions adéquates, qui donnaient aux appelants amplement de temps — soit

sufficient opportunity to move to have the Production Order set aside, as they did. This factor further supports the conclusion that the authorizing judge was justified in proceeding *ex parte* and in issuing the order.

V. My Colleague’s Proposed Approach

[102] Finally, I briefly comment on my colleague’s approach, which treats this case as an opportunity to formally recognize that freedom of the press enjoys “distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*” (Abella J.’s reasons, at para. 123).

[103] In my respectful view, it is neither necessary nor appropriate in this case to do so. Neither the proper contours of this proposed understanding of s. 2(b) nor its implications — whether in this case or beyond the scope of the appeal — was fully argued by the parties or considered by the courts below. This proposed recognition may have unforeseen consequences, for example, on the law relating to freedom of information requests, publication bans, and other areas implicating freedom of the press. In these circumstances, I consider it prudent to rely on the precedents established by this Court in *Lessard*, *New Brunswick* and *National Post*.

[104] Here, I consider that the *Lessard* framework has not been shown to be unworkable, its validity has not been undermined by subsequent jurisprudence, and none of the considerations on which it is based can be said to be no longer relevant (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 19). Accordingly, I am not convinced that it is necessary to open up s. 2(b) on this appeal and abandon the *Lessard* framework in favour of another test. In my view, it is preferable to retain the essential framework from *Lessard* and refine that framework in the ways I have outlined above.

60 jours complets — pour se conformer à l’ordonnance, ce qui leur laissait suffisamment l’occasion de chercher à faire annuler l’ordonnance de communication, comme ils l’ont d’ailleurs fait. Ce facteur étaye la conclusion voulant que le juge saisi de la demande a eu raison de tenir une audience *ex parte* et de délivrer l’ordonnance.

V. La démarche proposée par ma collègue

[102] Enfin, je vais brièvement formuler quelques observations sur la démarche proposée par ma collègue, selon laquelle l’affaire qui nous occupe constitue l’occasion de reconnaître officiellement que la liberté de la presse jouit « d’une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes de l’al. 2b) de la *Charte* » : motifs de la juge Abella, par. 123.

[103] À mon avis, il n’est ni nécessaire ni approprié en l’espèce d’agir ainsi. Ni les limites qu’il convient d’imposer à cette interprétation proposée de l’al. 2b) ni ses répercussions — que ce soit dans la présente affaire ou au-delà de celle-ci — n’ont été pleinement débattues par les parties ou examinées par les instances inférieures. Cette reconnaissance proposée pourrait avoir des conséquences imprévues, par exemple, sur le droit en matière de demandes d’accès à l’information, sur les ordonnances de non-publication et sur d’autres domaines mettant en jeu la liberté de la presse. Dans les circonstances, il m’apparaît prudent que nous nous fondions sur les précédents établis par la Cour dans *Lessard*, *Nouveau-Brunswick* et *National Post*.

[104] En l’espèce, selon moi, il n’a pas été démontré que le cadre d’analyse établi dans *Lessard* était impraticable, sa validité n’a pas été minée par la jurisprudence subséquente, et aucune des considérations sur lesquelles cet arrêt était fondé ne peut être jugée dépassée : *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 19. Je ne suis donc pas convaincu qu’il soit nécessaire d’élargir la portée de l’al. 2b) dans le présent appel et d’abandonner le cadre d’analyse établi dans *Lessard* au profit d’un autre test. Selon moi, il est préférable de conserver l’essence du cadre d’analyse établi dans cet arrêt et de le peaufiner comme je l’ai indiqué précédemment.

[105] In declining to recognize freedom of the press as enjoying distinct and independent constitutional protection under s. 2(b), I do not suggest that freedom of the press is anything less than essential in a free and democratic society. Nor do I deny that freedom of the press is entitled to constitutional protection — the text of s. 2(b) confirms that it clearly is. Rather, I simply take the view that because this appeal can readily be disposed of without going so far as to rethink s. 2(b), and because the matter was not fully argued by the parties or considered by the courts below, I do not view this appeal as an appropriate venue in which to formally recognize a distinct and independent constitutional protection for freedom of the press under s. 2(b). I would leave that question for another day.

VI. Conclusion

[106] In sum, considering all of the circumstances, not only was there a reasonable basis on which the authorizing judge could have issued the Production Order, but a *de novo* consideration of the *Lessard* framework favours the issuance of the Production Order. Accordingly, I would uphold its validity.

[107] As for the sealing order and the publication ban, the appellants have failed to demonstrate why this Court should depart from Doherty J.A.'s conclusion on these matters. As such, I would decline to set them aside.

[108] Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of Wagner C.J., Abella, Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[109] ABELLA J. — For 25 years, this Court has flirted with acknowledging that s. 2(b) of the *Charter* protects *independent* rights for the media. Unlike the majority, I see no reason to continue to avoid giving distinct constitutional content to the words “freedom

[105] En refusant de reconnaître que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle distincte et indépendante en application de l'al. 2b), je ne prétends pas que la liberté de la presse n'est pas essentielle dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je ne nie pas non plus que la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle — le texte de l'al. 2b) confirme clairement que tel est le cas. Je suis plutôt simplement d'avis que le présent pourvoi peut être facilement tranché sans que nous allions jusqu'à repenser l'al. 2b), que la question n'a pas été pleinement débattue par les parties ou examinée par les tribunaux d'instances inférieures, et que le présent pourvoi n'est pas l'occasion appropriée pour reconnaître officiellement une protection constitutionnelle distincte et indépendante relativement à la liberté de la presse en application de l'al. 2b). Je reporterai à une autre occasion l'examen de cette question.

VI. Conclusion

[106] En somme, compte tenu de toutes les circonstances, non seulement y avait-il un fondement raisonnable sur lequel le juge saisi de la demande pouvait délivrer l'ordonnance de communication, mais un examen *de novo* du cadre d'analyse établi dans *Lessard* favorise la délivrance de cette ordonnance. J'en confirmerais donc la validité.

[107] Pour ce qui est de l'ordonnance de mise sous scellés et l'ordonnance de non-publication, les appellants n'ont pas réussi à démontrer pourquoi la Cour devrait s'écarter de la conclusion du juge Doherty sur ces questions. Je refuse donc de les annuler.

[108] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Martin rendus par

[109] LA JUGE ABELLA — Depuis 25 ans, la Cour a flirté avec l'idée de reconnaître que l'al. 2b) de la *Charte* protège des droits *indépendants* pour les médias. Contrairement aux juges majoritaires, je ne vois aucune raison pour continuer de nous abstenir

of the press” in s. 2(b). The words are clear, the concerns are real, and the issue is ripe.

[110] A strong, independent and responsible press ensures that the public’s opinions about its democratic choices are based on accurate and reliable information. This is not a democratic luxury — there can be no democracy without it.

[111] This case explores the border between vigorous protection for the press and the state’s ability to investigate crime by seeking information from the press. There are, as a result, two provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at issue in this appeal. One is s. 8, which protects a reasonable expectation of privacy. The other is s. 2(b), which protects “freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[112] Strong constitutional safeguards against state intrusion are a necessary precondition for the press to perform its essential democratic role effectively. As these reasons seek to demonstrate, s. 2(b) contains a distinct constitutional press right which protects the press’ core expressive functions — its right to gather and disseminate information for the public benefit without undue interference. When the state seeks access to information in the hands of the media through a production order, both the media’s s. 2(b) rights and s. 8 privacy rights are engaged. A rigorously protective harmonized analysis is therefore required.

Background

[113] In 2014, Vice Media Canada Inc. published three stories about Farah Mohamed Shirdon, a Canadian man believed to have left Canada to join ISIS in Syria. Those stories were based on messages between Mr. Shirdon and Ben Makuch, a Vice

de donner un contenu constitutionnel distinct aux mots « liberté de la presse » qui figurent à l’al. 2b). Les mots sont clairs, les préoccupations sont réelles et l’enjeu est mûr.

[110] Une presse forte, indépendante et responsable garantit que les opinions du public quant à ses choix démocratiques soient fondées sur des renseignements exacts et fiables. Cela n’est pas un luxe démocratique — il ne peut y avoir de démocratie sans elle.

[111] La présente cause explore la frontière entre la protection vigoureuse de la presse et la capacité de l’État d’enquêter sur des crimes en demandant des renseignements à la presse. Deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont donc en jeu dans le présent pourvoi : l’art. 8, qui protège l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, et l’al. 2b), qui protège la « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[112] Des garanties constitutionnelles fortes contre les intrusions de l’État sont des conditions préalables nécessaires pour que la presse puisse exercer efficacement son rôle démocratique essentiel. Comme les présents motifs visent à le démontrer, l’al. 2b) traite d’un droit constitutionnel distinct pour la presse, un droit qui protège ses fonctions essentielles d’expression — sa capacité de recueillir et de diffuser des renseignements pour le bien public, sans ingérence indue. Lorsque l’État sollicite, au moyen d’une ordonnance de communication, l’accès à des renseignements qui sont entre les mains des médias, les droits garantis à la presse par l’al. 2b) ainsi que ses droits au respect de la vie privée, protégés par l’art. 8, entrent en jeu. Il faut donc procéder à une analyse harmonisée rigoureusement protectrice.

Les faits

[113] En 2014, Média Vice Canada Inc. a publié trois articles sur Farah Mohamed Shirdon, un Canadien qu’on soupçonne d’avoir quitté le Canada pour rallier le groupe État islamique en Syrie (DAECH). Ces articles étaient fondés sur des messages en

Media journalist, in which Mr. Shirdon talked openly about his involvement with ISIS, using Mr. Makuch to make his message public. Seeking evidence of Mr. Shirdon's alleged terrorist activities, police obtained an *ex parte* production order directing Vice Media and Mr. Makuch to hand over screenshots of the messages. Vice Media unsuccessfully challenged the order in the Ontario courts and now appeals to this Court.

[114] Mr. Makuch was a full-time reporter, editor and video producer in Canada for Vice Media, an organization that publishes in both traditional media and multimedia platforms. His specialty was reporting on cyber security, terrorism, intelligence and ISIS. To that end, he began following social media accounts of ISIS jihadists and other militants. In April 2014, a video was posted on YouTube showing jihadists ripping up their passports, pledging allegiance to ISIS, and making specific threats of violence and destruction against Canada. Soon after, a journalist colleague gave Mr. Makuch the Twitter contact information of a person who claimed to be one of the people in that video, and who was willing to speak with someone from Vice Media.

[115] In May 2014, Mr. Makuch initiated contact with this individual, who at first identified himself as "Abu Usamah". They communicated through Kik Messenger, an instant messaging platform. Kik does not store the content of messages, so the only records of the communications are those on the devices of the parties to the conversation. "Abu Usamah" responded freely to questions Mr. Makuch posed to him about his activities and his involvement in ISIS. He confirmed that he was a Canadian, had left Canada, and was in the YouTube video.

[116] A CBC news story on June 18, 2014 identified Farah Shirdon, originally from Calgary, as one of the men in the YouTube video. Subsequently, Mr. Makuch published articles in June and August

ligne échangés entre M. Shirdon et Ben Makuch, un journaliste de Média Vice. M. Shirdon y traitait ouvertement de son implication dans DAECH, et il utilisait M. Makuch pour publiciser son message. À la recherche de la preuve des activités terroristes alléguées de M. Shirdon, la police a obtenu une ordonnance de communication *ex parte* qui intimait à Média Vice et à M. Makuch de lui remettre des captures d'écran des messages. Média Vice a contesté l'ordonnance sans succès devant les cours ontariennes et interjette maintenant appel devant la Cour.

[114] M. Makuch travaillait à temps plein au Canada à titre de journaliste, de rédacteur et de producteur vidéo pour Média Vice, une organisation qui publie à la fois dans les médias traditionnels et sur des plateformes multimédias. Il se spécialisait dans les reportages relatifs à la cybersécurité, au terrorisme, au renseignement et à DAECH. À cette fin, il a commencé à suivre les comptes de médias sociaux de djihadistes membres de DAECH et d'autres militants. En avril 2014, une vidéo a été publiée sur YouTube; on y voyait des djihadistes déchirer leur passeport, prêter allégeance à DAECH, et proférer des menaces précises de violence et de destruction contre le Canada. Peu après, un collègue journaliste a donné à M. Makuch des renseignements sur le compte Twitter d'une personne qui prétendait être une de celles apparaissant sur la vidéo, et qui était disposée à parler à quelqu'un de Média Vice.

[115] En mai 2014, M. Makuch a pris contact avec cet individu qui, au départ, disait s'appeler « Abu Usamah ». Ils ont communiqué en utilisant « Kik Messenger », une plateforme de messagerie instantanée. Comme Kik ne conserve pas le contenu des messages, les seules traces des échanges sont celles qui figurent sur les appareils des parties aux conversations. « Abu Usamah » répondait librement aux questions que lui posait M. Makuch à propos de ses activités et de son rôle au sein de DAECH. Il a confirmé être Canadien, avoir quitté le Canada, et être apparu dans la vidéo diffusée sur YouTube.

[116] Le 18 juin 2014, un reportage de la SRC a désigné Farah Shirdon, originaire de Calgary, comme l'un des hommes présents dans la vidéo diffusée sur YouTube. Subséquemment, soit en juin et

of 2014 based on his initial exchanges with “Abu Usamah”, now revealed to be Mr. Shiridon. Independently, someone from Vice Media in New York contacted Mr. Shiridon to arrange a Skype video interview with him that was published online in September 2014. The Kik message exchanges between Mr. Shiridon and Mr. Makuch continued, resulting in a third article in October 2014. Mr. Makuch’s articles contain statements by Mr. Shiridon that, if true, could provide strong evidence implicating Mr. Shiridon in multiple terrorism offences.

[117] In February 2015, the RCMP applied *ex parte* for a production order from the Ontario Court of Justice under s. 487.014 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, directing Vice Media and Mr. Makuch to produce documents relating to their communications with Mr. Shiridon. The order was granted but was sealed, along with the Information to Obtain (ITO) sworn by an RCMP officer.

[118] When it received the order, Vice Media determined that the only documents in its possession that responded to the order were screen captures of the Kik messages. Rather than producing that material, Vice Media brought an application in the Superior Court to quash the order and unseal the records the RCMP relied on to obtain it. It argued that the order was an overbroad “fishing expedition” and that the ITO did not assert sufficient grounds to justify it under the existing legal framework. It also contended that the sealing order was an unjustified interference with open access to court documents.

[119] The reviewing judge dismissed Vice Media’s challenge to the production order but allowed, in part, its application in respect of the sealing order.³ He rejected its argument that the information sought

en août 2014, M. Makuch a publié des articles fondés sur ses premiers échanges avec « Abu Usamah », qu’on savait désormais être M. Shiridon. Parallèlement, un employé de Média Vice à New York a communiqué avec M. Shiridon pour organiser, au moyen de Skype, une entrevue qui a été diffusée en ligne en septembre 2014. Les échanges entre MM. Shiridon et Makuch sur la plateforme de messagerie Kik ont continué et ont donné lieu à un troisième article publié en octobre 2014. Les articles de M. Makuch ont relaté des déclarations de M. Shiridon qui, si elles s’avèrent exactes, pourraient fournir des éléments de preuve solides de la participation de M. Shiridon à de multiples infractions terroristes.

[117] En février 2015, au moyen d’une demande *ex parte*, la GRC a sollicité une ordonnance de communication de la Cour de justice de l’Ontario en application de l’art. 487.014 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour qu’il soit intimé à Média Vice et à M. Makuch de produire les documents relatifs à leurs communications avec M. Shiridon. La demande a été accueillie, mais l’ordonnance a été scellée, de même que la dénonciation faite par un agent de la GRC.

[118] Lorsqu’elle a reçu l’ordonnance, Média Vice a estimé que les seuls documents en sa possession qu’elle visait étaient les captures d’écran des messages échangés sur la plateforme Kik Messenger. Plutôt que de produire ces documents, Média Vice a présenté une demande à la Cour supérieure pour que l’ordonnance soit annulée et que l’ordonnance de mise sous scellés des dossiers de la GRC sur lesquels elle était fondée soit levée. Média Vice a fait valoir que l’ordonnance constituait une « recherche à l’aveuglette » trop vaste et que la dénonciation ne fournissait pas un fondement suffisant pour la justifier dans le cadre juridique existant. Elle a aussi soutenu que l’ordonnance de mise sous scellés constituait une ingérence injustifiée dans le libre accès aux documents judiciaires.

[119] Le juge chargé de la révision a rejeté la contestation de l’ordonnance de communication par Média Vice, mais il a accueilli, en partie, sa demande relative à l’ordonnance de mise sous scellés³. Il a

³ (2016), 352 C.R.R. (2d) 60 (Ont. S.C.J.).

³ (2016), 352 C.R.R. (2d) 60 (C.S.J. Ont.).

was available from other sources, including similar information from media reports, which were not substitutes for the messages themselves. Further, no promise of confidentiality was sought by or given to Mr. Shirdon since Mr. Shirdon had come to Mr. Makuch as a “channe[l] through which he would speak to the whole world”, and Vice Media had already published much of this information. Accordingly, the reviewing judge held that it was open to the authorizing judge to conclude that the media’s interest was outweighed by the public interest in obtaining reliable evidence of very serious terrorism offences. He concluded, however, that most of the material in the ITO should be unsealed.

[120] The Court of Appeal dismissed Vice Media’s appeal of the Production Order.⁴ It rejected Vice Media’s argument that the context of media searches required a more robust form of review, concluding instead that the ordinary standard for warrant review set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, should apply. It also lifted part of the sealing order that the reviewing judge had left in place over the ITO, releasing more of the material relied on by the police to obtain the Production Order.

Analysis

[121] At the centre of the analysis in this appeal is s. 2(b) of the *Charter*, which states:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

rejeté l’argument selon lequel les renseignements demandés pouvaient être obtenus d’autres sources, y compris des renseignements similaires au moyen de reportages, qui ne pouvaient remplacer les messages eux-mêmes. En outre, le juge a affirmé qu’aucune promesse de confidentialité n’avait été sollicitée par M. Shirdon ou ne lui avait été faite, puisque c’est lui qui avait approché M. Makuch afin qu’il lui serve de [TRADUCTION] « la voie par laquelle il pourrait s’adresser au monde entier », et puisque Média Vice avait déjà publié une part importante des renseignements recherchés. Selon le juge chargé de la révision, son collègue qui avait prononcé l’ordonnance de communication pouvait conclure que l’intérêt du public dans l’obtention d’éléments de preuve fiables attestant de la perpétration d’infractions très sérieuses de terrorisme l’emportait sur l’intérêt du média. Il a par ailleurs conclu que les scellés devraient être levés sur presque toute l’information contenue dans la dénonciation.

[120] La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par Média Vice quant à l’ordonnance de communication⁴. Elle n’a pas retenu son argument selon lequel le contexte de recherche de renseignements auprès de médias exige une forme d’examen plus robuste, concluant plutôt que la norme habituelle applicable à l’examen d’un mandat de perquisition énoncée dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421 devrait s’appliquer. La Cour d’appel a également levé une partie de l’ordonnance de mise sous scellés relative à la dénonciation que le juge chargé de la révision avait laissée intacte; elle a ainsi rendu publics encore plus d’éléments sur lesquels s’était fondée la police pour obtenir l’ordonnance de communication.

Analyse

[121] Dans le présent appel, l’analyse repose sur l’al. 2b) de la *Charte*, dont le texte est le suivant :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

...

⁴ (2017), 137 O.R. (3d) 263 (C.A.).

⁴ (2017), 137 O.R. (3d) 263 (C.A.).

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

...

Specifically, the focus is on “freedom of the press and other media”.

[122] This Court has decided many cases involving the rights of the press. Time and again it has emphasized the media’s importance. But it has, to date, stopped short of openly and unambiguously giving distinct and independent meaning to the guarantee of “freedom of the press and other media” in s. 2(b). It is difficult to justify, in my respectful view, why the express inclusion of “freedom of the press” in the text of s. 2(b) should be denied distinct constitutional meaning. Recognizing *Charter* protection for the press under s. 2(b) is merely recognizing explicitly something this Court has repeatedly gestured towards (see, for example, *R. v. National Post*, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 78; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459,⁵ at pp. 464 and 475).

[123] Why not openly acknowledge that freedom of the press is not a derivative right? It enjoys distinct and independent constitutional protection under s. 2(b) of the *Charter*, not only because it is specifically mentioned in the text of s. 2(b), but also because of its distinct and independent role. Prior judicial hesitancy to recognize such a right has attracted considerable academic criticism (see, for example, Jamie Cameron, *Section 2(b)’s Other Fundamental Freedom: The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (online); Benjamin Oliphant, “Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee” (2013), 59 *McGill L.J.* 283; Gerald Chan, “Transparency Confined to the Courthouse: A Critical Analysis of *Criminal Lawyers’ Assn., C.B.C. and National Post*”

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la *liberté de la presse et des autres moyens de communication*;

...

Plus précisément, l’accent est mis sur la « liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[122] La Cour a rendu de nombreuses décisions relativement aux droits de la presse. Elle a souligné à maintes reprises l’importance de cette dernière. Jusqu’à présent, elle n’est toutefois pas allée aussi loin que de donner ouvertement et sans ambiguïté un sens distinct et indépendant à la protection de la « liberté de la presse et des autres moyens de communication » prévue à l’al. 2b). Selon moi, il est difficile de justifier pourquoi l’inclusion expresse de la « liberté de la presse » dans le texte de l’al. 2b) ne devrait pas avoir un sens constitutionnel distinct. Reconnaître la protection que la *Charte* assure à la presse aux termes de l’al. 2b) ne constitue qu’une reconnaissance explicite de quelque chose dont la Cour s’est rapprochée à maintes reprises : voir, par exemple, *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 78; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459⁵, p. 464 et 475.

[123] Pourquoi ne pas reconnaître ouvertement que la liberté de la presse n’est pas un droit dérivé? Elle jouit d’une protection constitutionnelle distincte et indépendante aux termes de l’al. 2b) de la *Charte*, non seulement parce qu’elle est spécifiquement nommée dans cette disposition, mais également en raison de son rôle distinct et indépendant. Dans le passé, les hésitations des tribunaux à reconnaître un tel droit ont suscité de nombreuses critiques de la part des universitaires : voir, par exemple, Jamie Cameron, *Section 2(b)’s Other Fundamental Freedom : The Press Guarantee, 1982-2012* (2013) (en ligne); Benjamin Oliphant, « Freedom of the Press as a Discrete Constitutional Guarantee » (2013), 59 *R.D. McGill* 283; Gerald Chan, « Transparency Confined

⁵ Any references in these reasons to *New Brunswick* refer to the 1991 decision unless specific reference is made to this Court’s 1996 decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

⁵ Toutes les références dans les présents motifs à l’arrêt *Nouveau-Brunswick* renvoient à la décision de 1991 à moins qu’il ne soit spécifiquement fait référence à la décision de la Cour rendue en 1996 dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

(2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169). Based on the clear text and purpose of s. 2(b), even Crown counsel graciously conceded in oral argument before this Court that “freedom of the press” is a distinct constitutionally protected right.

[124] This Court has long recognized that among the core purposes animating s. 2(b) are the pursuit of truth and the ability to participate in democratic decision making (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976). In upholding these objectives, s. 2(b) protects “listeners as well as speakers” (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767). It has already also observed that “[t]he full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d’être* of the s. 2(b) guarantees” and that democratic debate is “predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, per La Forest J.). And it has noted that the role of the media in providing a vehicle for the free flow of information and debate is “explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself” (*Grant v. Torstar Corp.*, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 52, per McLachlin C.J.).

[125] The purpose underlying protection for the press is related to, but distinct from, the broader guarantee of freedom of expression. The dichotomy in s. 2(b) between freedom of expression generally and freedom of the press specifically is a logical one, since the press plays a distinct expressive role, with both institutional and historic differences from how and why others are entitled to “freedom of expression”. Section 2(b) sets out generous protections designed to facilitate the healthy functioning of our democracy. But they are incomplete if s. 2(b) is viewed only as an individual right to freedom of expression, reading out protection of “freedom of the press”. A vigorous, rigorous, and independent press holds people and institutions to account, uncovers the truth, and informs the public. It provides the public with the

to the Courthouse : A Critical Analysis of *Criminal Lawyers’ Assn., C.B.C. and National Post* » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 169. En se fondant sur le texte clair de l’al. 2b) et sur son objet, même l’avocat de la Couronne a gracieusement concédé durant sa plaidoirie orale devant la Cour que la « liberté de la presse » est un droit distinct protégé par la Constitution.

[124] La Cour a reconnu depuis longtemps que deux des objets principaux sous-jacents de l’al. 2b) étaient la recherche de la vérité et la capacité de participer à la prise de décisions démocratiques : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976. En soutenant ces objectifs, l’alinéa 2b) protège « autant celui qui s’exprime que celui qui l’écoute » : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767. La Cour a également déjà fait remarquer que « [l]a raison d’être des garanties de l’al. 2b) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie », et que le débat au sein du public « suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l’existence d’une presse libre et vigoureuse » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23, le juge La Forest. La Cour a en outre souligné que « le libellé de l’al. 2b) lui-même reconnaît » le rôle des médias à titre de véhicule pour la libre circulation de l’information et la tenue de débats : *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 52, la juge en chef McLachlin.

[125] L’objet sous-jacent de la protection de la presse a un lien avec la protection plus large de la liberté d’expression, tout en étant distinct d’elle. La dichotomie présente à l’al. 2b) entre la liberté d’expression en général et la liberté de la presse spécifiquement est logique, puisque la presse joue un rôle distinct sur le plan de l’expression, compte tenu des différences tant institutionnelles qu’historiques qui justifient comment et pourquoi les autres jouissent du droit à la « liberté d’expression ». L’alinéa 2b) prévoit des garanties généreuses conçues pour faciliter le bon fonctionnement de notre démocratie. Ces garanties seraient toutefois incomplètes si la liberté d’expression visée à cette disposition était perçue comme un droit individuel à la liberté d’expression, de sorte qu’il serait fait abstraction de la protection conférée

information it needs to engage in informed debate. In other words, it is the public's "right to know" that explains and animates the distinct constitutional protection for freedom of the press (*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), at p. 721, per Douglas J. (dissenting); see also *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), at p. 17, per Stewart J. (concurring)).

[126] The singular purpose of press protection has, in fact, resulted in the European Court of Human Rights concluding that the freedom of expression guarantee in Article 10 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221,⁶ which does not expressly mention any right for the press, nonetheless includes a distinct press right. A separate right was held to be necessary to protect the "vital public watchdog role of the press . . . and the ability of the press to provide accurate and reliable information" (*Goodwin v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. 123, at para. 39).

[127] The question, then, is what does this s. 2(b) right include? As Crown counsel also conceded in oral argument, for a start it includes not only the right to transmit news and other information, but also the right to *gather* this information without "undue governmental interference" (*New Brunswick* (1996),

à la « liberté de la presse ». Une presse vigoureuse, rigoureuse et indépendante tient les individus et les institutions responsables, découvre la vérité et informe le public. Elle fournit au public l'information dont il a besoin pour participer à un débat éclairé. Autrement dit, c'est le « droit [du public] d'être renseigné », qui explique et donne vie à la protection constitutionnelle distincte de la liberté de la presse : *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), p. 721, le juge Douglas (dissident); voir aussi *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), p. 17, le juge Stewart (dans des motifs concordants).

[126] L'objectif singulier de la protection de la presse a, en fait, conduit la Cour européenne des droits de l'homme à conclure que la garantie de la liberté d'expression prévue à l'art. 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221⁶, qui ne mentionne expressément aucun droit pour la presse, inclut néanmoins un droit distinct pour elle. Il a été jugé que l'existence d'un droit dissocié était nécessaire pour protéger le « rôle indispensable de "chien de garde" [de la presse] et son aptitude à fournir des informations précises et fiables » : *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (HUDOC), par. 39.

[127] Il reste donc à savoir ce que renferme ce droit garanti à l'al. 2b). Comme l'avocat de la Couronne l'a concédé durant sa plaidoirie orale, il comprend tout d'abord non seulement le droit de transmettre des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de *collecter* cette information sans

⁶ Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

⁶ Article 10 :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

at para. 24 (emphasis deleted), citing *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, pp. 429-30, per La Forest J.). The right to convey information to the public is fragile unless the press is free to pursue leads, communicate with sources, and assess the information acquired. Newsgathering activities form an “integral part of freedom of the press” because they are an indispensable part of the right and the ability to tell the public the facts and ideas that make up the story (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 46; see also *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442). Without protection from undue interference in newsgathering, public access to the fruits of the media’s work is diminished, as is the public’s ability to understand, debate and form opinions on the issues of the day, thereby impairing its ability to participate meaningfully in the democratic process.

[128] Explicit constitutional protection for newsgathering underlies the protections for the press which we have already recognized. The Court held that open access to court proceedings by the press is protected under s. 2(b) (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal*; *Dagenais*; *Mentuck*; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332). Similarly, constitutional protection was extended to “filming, taking photographs and conducting interviews” outside courtrooms (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, at para. 46). In this way, broader protection of the press’ newsgathering activities represents a logical and incremental development of the jurisprudence.

[129] There is no doubt that defining precisely who is the “press” or “media” and what activities are entitled to protection is, in light of the proliferation of new forms and sources of media, sometimes challenging. It has obvious implications for the questions of who has standing to assert a s. 2(b) violation and what is sufficient to establish a violation.

« l’intervention indue du gouvernement » : *Nouveau-Brunswick* (1996), par. 24 (soulignement omis), citant *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, p. 429-430, le juge La Forest. Le droit de transmettre l’information au public est fragile à moins que la presse soit libre de suivre des pistes, de communiquer avec des sources et d’évaluer l’information acquise. Les activités de collecte d’informations font « partie intégrante de la liberté de la presse », car elles sont essentielles au droit et à la capacité d’exposer au public les faits et les idées qui composent l’histoire : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 46; voir également *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442. Sans protection contre toute ingérence indue dans la collecte d’informations, l’accès du public aux fruits du travail de la presse est diminué, tout comme sa capacité à comprendre les questions d’actualité, à en débattre et à se forger des opinions sur elles, ce qui nuit à sa capacité de participer de manière significative au processus démocratique.

[128] La protection constitutionnelle explicite de la collecte d’informations est à l’origine des protections de la presse que nous avons déjà reconnues. La Cour a conclu que le libre accès aux procédures judiciaires par la presse est protégé par l’al. 2b) : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal*; *Dagenais*; *Mentuck*; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332. En outre, la protection a été élargie à « la prise d’images et [à] la tenue d’entrevues » à l’extérieur des salles d’audience : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, par. 46. Une protection plus large des activités de collecte d’informations de la presse représente donc un développement logique et progressif de la jurisprudence.

[129] Il ne fait aucun doute que définir précisément qui est la « presse » ou qui sont les « médias » et quelles activités ont droit à la protection est parfois difficile à la lumière de la prolifération de nouvelles formes et sources de médias. Cela a des répercussions évidentes sur la question de savoir qui a qualité pour plaider une violation de l’al. 2b) et ce qui est

But although the definitions of “media” and “press” have gone from linear to kaleidoscopic, there is no reason to avoid protecting what is at the core of the right. And what is at the core is the right to gather and disseminate information for the public’s benefit without undue interference from government. As Binnie J. observed in his dissent in *R. v. Sinclair*, [2010] 2 S.C.R. 310, at para. 107, a *Charter* right “should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude, so be it.” In any event, at this stage, there is no need to be preoccupied over who is covered by the s. 2(b) press protection (see Oliphant, at p. 299).

[130] Not every activity should or will be protected under s. 2(b), but the more the activity accords with standards of professional journalistic ethics, such as those referred to in the Chamberland Commission Report, the more likely it will be found to attract constitutional protection (Quebec, *Commission d’enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport* (2017), at p. 38). That is why this Court has recognized the need to protect confidential journalistic source relationships to ensure the free flow of information necessary to the media’s news-gathering function (*National Post; Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, [2010] 2 S.C.R. 592). On the other hand, as Binnie J. cautioned in *National Post*, vigorous protection for freedom of the press does not require unwavering support for tabloid espionage or “[c]hequebook journalism” (para. 38).

[131] Does s. 2(b)’s press and media guarantee include protection for journalistic “work product”, such as a reporter’s personal notes, recordings of interviews, or source contact lists? It seems inescapable that it usually does. The European Court of Human Rights has held that protecting the press includes protection for material in the journalist’s possession that might identify a confidential source (*Goodwin*, at para. 39; see also *Nagla v. Latvia*, No. 73469/10, July 16, 2013 (HUDOC)). And in *R. (Miranda) v.*

suffisant pour établir une violation. Toutefois, même si les définitions des « médias » et de la « presse » sont passées de linéaires à kaléidoscopiques, il n’y a aucune raison d’éviter de protéger ce qui est au cœur de ce droit, soit, le droit de recueillir et de diffuser l’information dans l’intérêt du public, sans l’intervention indue du gouvernement. Comme le juge Binnie, dissident, l’a fait remarquer dans *R. c. Sinclair*, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 107, un droit protégé par la *Charte* doit recevoir « une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S’il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu’il en soit ainsi. » Je précise toutefois que, à cette étape, il n’y a pas lieu de se préoccuper de savoir qui est visé par la protection de la presse prévue à l’al. 2b) : voir Oliphant, p. 299.

[130] Toutes les activités ne devraient pas être protégées par l’al. 2b) ou ne le seront pas, mais plus une activité est conforme aux normes d’éthique journalistique professionnelle — comme celles mentionnées dans le rapport de la Commission Chamberland —, plus il est probable qu’elle bénéficiera d’une protection constitutionnelle : Québec, *Commission d’enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques — Rapport* (2017), p. 38. C’est pourquoi la Cour a reconnu la nécessité de protéger les relations des sources journalistiques confidentielles avec les médias, ce qui assure la libre circulation de l’information nécessaire à la fonction de collecte d’informations de la presse : *National Post; Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592. Par ailleurs, comme l’exprime la mise en garde du juge Binnie dans *National Post*, une protection vigoureuse de la liberté de la presse n’exige pas un appui indéfectible à l’espionnage tabloïde ou à la « [p]ratique qui consiste à rémunérer les sources » : par. 38.

[131] La protection de la liberté de la presse et des médias prévue à l’al. 2b) comprend-elle la protection du « produit du travail » journalistique, comme les notes personnelles d’un journaliste, les enregistrements d’entrevues ou les listes de ses sources ainsi que leurs coordonnées? Il semble inéluctable que c’est habituellement le cas. La Cour européenne des droits de l’homme a jugé que la protection de la presse inclut la protection du matériel en possession du journaliste qui pourrait identifier une source

Secretary of State for the Home Department, [2016] 1 W.L.R. 1505, Lord Dyson held that the protection of sources is “no more than one aspect” of the Article 10 press protection, which protects “journalistic material” even where “the source is known” (paras. 102 and 107). Similarly, in his concurring opinion in *Lessard*, La Forest J. stated that “work product” must be protected because “[t]he fear that the police can easily gain access” to this material “could well hamper the ability of the press to gather information” (pp. 431-32).

[132] It also necessarily includes, in my respectful view, protecting communications not only with sources that are truly confidential, as in *National Post*, but also those whose comments are “off the record” or “not for attribution”. And it includes protecting the journalist’s documentation of his or her investigative work (Chamberland Commission Report, at pp. 175-80). These are the indispensable tools which help the press gather, assess and disseminate information.

[133] The question then is under what circumstances should the state be able to get access to the background relied on by the press in preparing the information the public will see. In the context of search warrants and production orders, what are the implications of letting s. 2(b) come out of the shadows and explicitly acknowledging the media’s entitlement to constitutional protection? Is the current legal framework, developed before a distinct *Charter* right for the press was recognized, sufficiently respectful of the media’s enhanced status? That brings us to the issue in this case.

[134] Binnie J.’s phrase in *National Post* that the public has the “right to every person’s evidence” (para. 1) was used in the context of a case exploring the relationship between the law of privilege and disclosure. What is at issue here, however, is not the

confidentielle : *Goodwin*, par. 39; voir aussi *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (HUDOC). En outre, dans *R. (Miranda) c. Secretary of State for the Home Department*, [2016] 1 W.L.R. 1505, lord Dyson a jugé que la protection des sources confidentielles n’est [TRADUCTION] « qu’un seul aspect » de la protection conférée par l’art. 10, qui protège également le « matériel journalistique » même lorsque « la source est connue » : par. 102 et 107. De même, en rédigeant son opinion concordante dans *Lessard*, le juge La Forest a déclaré que le « produit du travail » d’un journaliste doit être protégé parce que « [l]a crainte que la police puisse avoir facilement accès » à ce matériel « pourrait bien gêner la presse dans la collecte de l’information » : p. 431-432.

[132] À mon avis, la protection de la liberté de la presse comprend aussi nécessairement celle des communications non seulement avec les sources qui sont véritablement confidentielles, comme dans *National Post*, mais aussi avec ceux dont les commentaires ont été faits « à titre confidentiel » ou « sous réserve d’anonymat ». Elle inclut en outre la protection de la documentation du journaliste relative à son travail d’enquête : Rapport de la Commission Chamberland, p. 175-180. Il s’agit d’outils indispensables pour aider la presse à recueillir, à évaluer et à diffuser l’information.

[133] La question est alors celle de savoir dans quelles circonstances l’État devrait avoir accès au contexte sur lequel s’appuie la presse pour préparer l’information qui sera rendue publique. Lorsqu’il s’agit de mandats de perquisition et d’ordonnances de communication, quelles sont les conséquences de laisser l’al. 2b) sortir de l’ombre et de reconnaître explicitement le droit de la presse à la protection constitutionnelle? Le cadre juridique actuel, élaboré avant la reconnaissance par la *Charte* d’un droit distinct pour la presse, respecte-t-il suffisamment le statut rehaussé de la presse? Voilà qui nous amène à la question à trancher en l’espèce.

[134] La phrase du juge Binnie dans *National Post* selon laquelle le public a « droit à la preuve émanant de toutes les sources » (par. 1) a été utilisée dans le contexte d’une cause où il était question de la relation entre le droit relatif au privilège et la communication

state's "right" to everyone's evidence, it is everyone's right to be secure against unreasonable search and seizure *and* the media's right to freedom of the press. The state has an *interest* in investigating and prosecuting crime, but it does not have a *right* to do so in violation of the *Charter*.

[135] Judicial involvement with search warrants and production orders occurs at two stages: at the authorization stage, when police seek an order from a judicial officer permitting a search or directing production of information, usually without notice to the person or organization targeted; and at judicial review, when the targeted party can challenge the initial authorization. The relevant *Charter* provision is s. 8, which states:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[136] The provision setting out the conditions for authorizing a production order in this case was s. 487.014 of the *Criminal Code*, which states, in part:

General production order

487.014 (1) Subject to sections 487.015 to 487.018, on *ex parte* application made by a peace officer or public officer, a justice or judge may order a person to produce a document that is a copy of a document that is in their possession or control when they receive the order, or to prepare and produce a document containing data that is in their possession or control at that time.

Conditions for making order

(2) Before making the order, the justice or judge must be satisfied by information on oath in Form 5.004 that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence has been or will be committed under this or any other Act of Parliament; and

d'éléments de preuve. Or, en l'espèce, la question en litige ne porte pas sur le « droit » de l'État à la preuve émanant de tous, mais sur le droit de tous d'être protégés contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives *et* sur le droit des médias à la liberté de la presse. L'État a un *intérêt* à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs; il n'a toutefois pas un *droit* de le faire en violation de la *Charte*.

[135] Les juges interviennent à deux étapes dans le cadre de la délivrance des mandats de perquisition et des ordonnances de communication : à l'étape de l'autorisation, lorsque la police demande le prononcé par un officier de justice d'une ordonnance autorisant une perquisition ou intimant la production de renseignements, habituellement sans avis à la personne ou à l'organisation visée; et à l'étape de la révision judiciaire, lorsque la partie visée peut contester l'autorisation initiale. La disposition pertinente de la *Charte* est l'art. 8, qui prévoit ce qui suit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[136] Les conditions auxquels les demandeurs devaient satisfaire pour qu'une ordonnance de communication soit prononcée en l'espèce sont énoncées à l'art. 487.014 du *Code criminel*, qui prévoit notamment ce qui suit :

Ordonnance générale de communication

487.014 (1) Sous réserve des articles 487.015 à 487.018, le juge de paix ou le juge peut, sur demande *ex parte* présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute personne de communiquer un document qui est la copie d'un document qui est en sa possession ou à sa disposition au moment où elle reçoit l'ordonnance ou d'établir et de communiquer un document comportant des données qui sont en sa possession ou à sa disposition à ce moment.

Conditions préalables à l'ordonnance

(2) Il ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, par une dénonciation sous serment faite selon la formule 5.004, qu'il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :

a) qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise;

(b) the document or data is in the person’s possession or control and will afford evidence respecting the commission of the offence.

...

[137] In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that if the state seeks to intrude on a reasonable expectation of privacy, the constitutional baseline to ensure compliance with s. 8 of the *Charter* is prior judicial authorization based on “reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search” (p. 168). The *Hunter* standard has been incorporated into many of the statutory provisions — including s. 487.014 — under which police seek authorizations for searches and seizures. These are referred to as the “statutory preconditions for issuance”. But even where those preconditions are met, the judicial officer from whom the authorization is sought retains discretion not to issue the order.

[138] This Court set out the approach for how s. 8 applies to production orders when the target is the press in *Lessard* and its companion case, *New Brunswick*, where the Crown sought video footage the CBC had shot and then aired of demonstrations said to show criminal activity.

[139] The Court held that there must be a balancing of the constitutional s. 8 privacy rights of the press against whom an order is sought with the interests of the state in investigating crime. Of particular relevance to this case, it also held that s. 2(b)’s guarantee of freedom of expression “does *not* . . . import any new or additional requirements for the issuance of search warrants” when the press is involved (*New Brunswick*, at p. 475 (emphasis added)). While noting that “the media play a vital role in the functioning of a democratic society” and “will not be implicated in the crime under investigation” since it is “truly an innocent third party” (p. 481), the Court observed

b) que le document ou les données sont en la possession de la personne ou à sa disposition et fourniront une preuve concernant la perpétration de l’infraction.

...

[137] Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a statué que si l’État cherche à s’ingérer là où il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, le critère constitutionnel minimal pour assurer le respect de l’art. 8 de la *Charte* est l’autorisation judiciaire préalable fondée sur « l’existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition » : p. 168. La norme *Hunter* a été intégrée à bon nombre des dispositions législatives — y compris l’art. 487.014 — en vertu desquelles la police demande l’autorisation de procéder à des perquisitions et à des saisies. C’est ce que l’on appelle les « conditions légales préalables à la délivrance de l’ordonnance ». Cela dit, même lorsqu’il est satisfait à ces conditions préalables, l’officier de justice à qui l’autorisation est demandée conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre l’ordonnance.

[138] C’est dans *Lessard* et dans l’affaire connexe, *Nouveau-Brunswick* — où la Couronne a cherché à obtenir des séquences vidéo de démonstrations que la SRC avait tournées, puis diffusées, dont on alléguait qu’elles montraient l’activité criminelle — que la Cour a établi la façon dont l’art. 8 s’applique aux ordonnances de communication lorsque la cible est la presse.

[139] La Cour a statué qu’il faut établir un équilibre entre le droit à la vie privée du média — protégé par l’art. 8 de la *Charte* — contre lequel une ordonnance est demandée, d’une part, et l’intérêt de l’État à enquêter sur les crimes, d’autre part. Fait particulièrement pertinent en l’espèce, la Cour a également jugé que le droit à la liberté d’expression protégé par l’al. 2b) « *n’ajoute pas* d’exigences supplémentaires pour l’attribution des mandats de perquisition » lorsque la presse est concernée : *Nouveau-Brunswick*, p. 475 (italiques ajoutés). Tout en notant que « les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique »

that s. 2(b) merely provides the “backdrop” for evaluating whether it is reasonable to issue the order (p. 475). Twenty years later, in *National Post*, this Court expanded on the *Lessard* framework in the context of confidential journalistic sources.

[140] While both *Lessard* and *National Post* were decided on the assumption that although the press had enhanced privacy interests under s. 8, there was no distinct role for the constitutionally protected right under s. 2(b). Rather, the framework acknowledged that s. 2(b) was an important aspect of the analysis for judicial authorizations that target the media. As noted in *National Post*, such orders “constitute a head-to-head clash between the government and the media, and the media’s ss. 2(b) and 8 interests are clearly implicated” (para. 78). That is why *New Brunswick* and *Lessard* added a number of considerations to the s. 8 analysis over and above the statutory requirements for warrants so that “any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible” (*Lessard*, at p. 444). Chief among these were: (a) recognition that the press’ interests should be interfered with no more than is reasonably necessary (factors 5 and 7); and (b) a balancing test that weighed the state’s interest against “the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination” (factor 3) (*New Brunswick*, at p. 481; *Lessard*, at p. 445).

[141] In my view, an independent, distinct protection in s. 2(b) requires an approach that explicitly addresses those rights, as well as the s. 8 privacy rights. An approach based solely on s. 8 privacy rights is, in my respectful view, no longer sustainable. Recognizing a distinct press guarantee in s. 2(b) of the *Charter* means that the press is no longer just the “backdrop” referred to in *New Brunswick*. Rather than being simply a balance between the constitutional *privacy* rights of the press and the state’s

et « ne sont pas impliqués dans l’acte criminel faisant l’objet de l’enquête » puisqu’il s’agit « vraiment d[e] tiers innocents » (p. 481), la Cour a observé que l’al. 2b) se limite à fournir la « toile de fond » pour évaluer s’il est raisonnable de rendre l’ordonnance (p. 475). Vingt ans plus tard, dans *National Post*, la Cour a élargi le cadre d’analyse énoncé dans *Lessard* où il était question de sources journalistiques confidentielles.

[140] Les arrêts tant *Lessard* que *National Post* ont été décidés en partant de l’hypothèse que même si la presse avait des intérêts accrus en matière de protection de la vie privée suivant l’art. 8, il n’y avait pas de rôle distinct pour le droit constitutionnel protégé par l’al. 2b). Le cadre d’analyse reconnaissait plutôt que l’al. 2b) constituait un aspect important de l’analyse d’une autorisation judiciaire qui vise un média. Comme il a été noté dans *National Post*, de telles ordonnances « opposent ouvertement le gouvernement et les médias, et mettent manifestement en jeu les droits que l’al. 2b) et l’art. 8 garantissent aux médias » : par. 78. C’est pourquoi les arrêts *Nouveau-Brunswick* et *Lessard* ont ajouté un certain nombre de facteurs à l’analyse fondée sur l’art. 8 en plus des exigences prévues par la loi pour les mandats de sorte que « toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée » : *Lessard*, p. 444. Les principaux nouveaux facteurs étaient les suivants : a) la reconnaissance qu’on ne devrait porter atteinte aux intérêts de la presse que dans la mesure raisonnablement nécessaire (facteurs 5 et 7); et b) un test de mise en balance de l’intérêt de l’État et du « droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations » : facteur 3; *Nouveau-Brunswick*, p. 481; *Lessard*, p. 445.

[141] À mon avis, une protection indépendante et distincte découlant de l’al. 2b) exige une approche qui viserait explicitement ces droits, ainsi que les droits à la vie privée que garantit l’art. 8. Selon moi, une approche fondée uniquement sur le droit à la vie privée prévu à l’art. 8 n’est plus viable. La reconnaissance d’une protection distincte pour la presse à l’al. 2b) de la *Charte* signifie qu’elle ne serait plus seulement la « toile de fond » dont il était question dans *Nouveau-Brunswick*. Plutôt que de simplement

interest in investigating crime, it is now a balance between the state's investigatory interest and both the media's s. 8 privacy rights *and* its s. 2(b) media rights.

[142] The fact that *both* constitutional rights for the press are engaged suggests a new harmonized analysis, in which the media's right to be secure against unreasonable search and seizure *as well* as its right to be protected from undue interference with legitimate newsgathering activities, are explicitly taken into account. I agree with counsel for the intervener, the International Coalition, that what this requires, in addition to the important baseline standards established under s. 8, is a proportionality inquiry showing essentially that the salutary effects of the production order outweigh the deleterious effects.

[143] Once the statutory preconditions for authorizing the order are met, in other words, the authorizing judge should be satisfied that the benefit of the state's interests in obtaining the information outweighs the harmful impact on the media's constitutionally protected s. 8 and s. 2(b) rights, including being satisfied that the production order interferes with the media's rights no more than is necessary.

[144] Balancing the benefit against the harm, authorizing judges would consider what the impact of the production order is on the media's s. 8 and s. 2(b) rights. A harmonized approach means that among the considerations authorizing judges would weigh are: the media's reasonable expectation of privacy; whether there is a need to target the press at all, since "[t]he media should be the last rather than the first place that authorities look for evidence" (*Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba (Attorney General)* (2009), 250 C.C.C. (3d) 61 (Man. C.A.), at para. 74); whether the evidence is available from any other source, and if so, whether reasonable steps were taken to obtain it (*Lessard*, at p. 445, factor 5); and

rechercher un équilibre entre le droit constitutionnel à la *vie privée* de la presse et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes, il s'agit maintenant d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'État en matière d'enquête, d'une part, et le droit à la vie privée de la presse protégé par l'art. 8 *et* ses droits protégés par l'al. 2b), d'autre part.

[142] Le fait que les *deux* droits constitutionnels de la presse soient engagés suggère qu'il faille adopter une nouvelle analyse harmonisée, dans laquelle on tiendrait compte explicitement du droit de la presse d'être à l'abri des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives *ainsi que* de son droit d'être protégé contre toute ingérence indue dans ses activités légitimes de collecte d'informations. Je suis d'accord avec l'avocat de l'intervenante, l'International Coalition, pour dire que ce qu'il faut, en plus de satisfaire aux critères de base importants établis en application de l'art. 8, c'est une analyse de la proportionnalité démontrant essentiellement que les effets bénéfiques de l'ordonnance de communication l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[143] Autrement dit, une fois qu'il est satisfait aux conditions préalables au prononcé de l'ordonnance, le juge saisi de la demande devrait être convaincu que le bénéfice que retirerait l'État de l'obtention de l'information l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse protégés constitutionnellement par l'art. 8 et l'al. 2b), et notamment que l'ordonnance de communication ne porterait pas plus atteinte aux droits de la presse que nécessaire.

[144] En mettant en balance l'avantage et le préjudice, les juges saisis de telles demandes tiendraient compte de l'incidence de l'ordonnance de communication sur les droits des médias garantis par l'art. 8 et l'al. 2b). L'adoption d'une approche harmonisée signifie que les juges prendraient en considération notamment les facteurs suivants : l'attente raisonnable des médias en matière de respect de la vie privée; s'il est nécessaire de cibler la presse, puisque [TRADUCTION] « [I]es médias devraient être le dernier endroit et non le premier où les autorités cherchent des éléments de preuve » (*Canadian Broadcasting Corp. c. Manitoba (Attorney General)* (2009), 250 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Man.), par. 74); si

whether the proposed order is narrowly tailored to interfere with the media's rights no more than necessary (*Lessard*, at p. 445, factor 7).

[145] The authorizing judge must balance the state's investigatory interest with the press' s. 8 and s. 2(b) rights. The authorizing judge should be satisfied that the interests of the state in investigating and prosecuting crimes outweigh the press' s. 8 privacy rights. Those rights, in turn, cannot be assessed without also considering the distinct constitutional protection for the press under s. 2(b). Only where the authorizing judge is satisfied that the state's beneficial interest outweighs the harmful impact on the press should a production order be made.

[146] Generally, the more intrusive the proposed order is on the s. 8 privacy and s. 2(b) rights of the media, that is, the more it seeks to get access to confidential or "off the record" communications with sources, or to journalistic work products like private notes and contact lists, the greater the impact on the media's ability to gather and publish the news. And, in turn, the greater the harmful impact on the public's right to know the fruits of the press' activities. In *National Post*, Binnie J. expanded on this impact, citing with approval the dissent of McLachlin J. in *Lessard*:

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest. First, searches may be physically disruptive and impede efficient and timely publication. Second, retention of seized material by the police may delay or forestall completing the dissemination of the news. Third, confidential sources of information may be fearful of speaking to the press, and the press may lose opportunities to cover various events because of fears on the part of participants that press files will be readily available to the authorities. Fourth, reporters may be deterred from recording and preserving their recollections for future use. Fifth, the

la preuve est disponible d'une autre source et, dans l'affirmative, si des mesures raisonnables ont été prises pour l'obtenir (*Lessard*, p. 445, facteur 5); et si l'ordonnance proposée est étroitement adaptée pour ne porter atteinte aux droits de la presse que dans la mesure nécessaire (*Lessard*, p. 445, facteur 7).

[145] Le juge appelé à autoriser la perquisition doit mettre en balance l'intérêt de l'État à mener une enquête, d'une part, et les droits de la presse protégés par l'art. 8 et l'al. 2b), d'autre part. Il doit être convaincu que les intérêts de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels l'emportent sur le droit au respect de la vie privée de la presse garanti par l'art. 8. Ce droit, à son tour, ne peut être apprécié par le juge sans qu'il tienne compte de la protection constitutionnelle distincte dont jouit la presse aux termes de l'al. 2b). Ce n'est que lorsqu'il est convaincu que l'intérêt dont bénéficie l'État l'emporte sur l'atteinte aux droits de la presse qu'il devrait rendre une ordonnance de communication.

[146] Généralement, plus l'ordonnance proposée est intrusive à l'égard des droits des médias garantis par l'art. 8 et par l'al. 2b) — c'est-à-dire que plus elle cherche à avoir accès à des communications confidentielles ou « faites à titre confidentiel » par des sources, ou à des produits journalistiques comme des notes privées et des listes de contacts —, plus l'impact sur la capacité de la presse de recueillir et de publier les nouvelles et, par conséquent, plus l'atteinte au droit du public de connaître les fruits des activités de la presse est grand. Dans *National Post*, le juge Binnie a traité de cet impact, citant avec approbation la dissidence de la juge McLachlin dans *Lessard* :

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes. Premièrement, les perquisitions peuvent entraîner des perturbations sur le plan matériel et empêcher la publication efficace et opportune du journal. Deuxièmement, la retenue par les policiers d'objets saisis peut retarder ou empêcher la diffusion complète des informations. Troisièmement, les sources confidentielles de renseignements peuvent craindre de parler aux journalistes, et la presse peut ainsi perdre des chances d'assurer la couverture de différents événements en raison des craintes des

processing of news and its dissemination may be chilled by the prospect that searches will disclose internal editorial deliberations. Finally, the press may resort to self-censorship to conceal the fact that it possesses information that may be of interest to the police in an effort to protect its sources and its ability to gather news in the future. All this may adversely impact on the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment.

(*National Post*, at para. 78, citing *Lessard*, at p. 452)

[147] As this quote demonstrates, an obvious collateral impact on the press of being required to comply with a production order is a chilling effect not only on the particular press being targeted, but on the press generally. The extent of the chill may vary from case to case, but its existence can hardly be questioned.

[148] On the other side of the balance is the strength of the state's interest in obtaining the order. As Cory J. held in *Lessard*, "all members of the community have an interest in seeing that crimes are investigated and prosecuted" (p. 446). In particular, the "investigation of a serious and violent crime [is] of importance to the state", and in circumstances where a crime is ongoing or where there is a risk that further crimes will be committed, "some urgency in conducting the search must be recognized" (*New Brunswick*, at p. 476). In other words, the more serious the crime under investigation, the more cogent the evidence sought and the more urgent the investigative need, the stronger the state's interest will be.

[149] While the cogency of the evidence is a relevant consideration, I agree with the Crown that in assessing the strength of the state's interest it would not be appropriate to require an assessment of whether the evidence is *necessary* for the Crown

participants que les autorités puissent facilement prendre connaissance des dossiers de la presse. Quatrièmement, cela peut dissuader les journalistes d'enregistrer et de conserver les renseignements recueillis pour s'en servir ultérieurement. Cinquièmement, le traitement et la diffusion des informations peuvent être gênés par l'éventualité que les délibérations internes de la rédaction soient rendues publiques à la suite de perquisitions. En dernier lieu, la presse peut recourir à l'autocensure pour cacher le fait qu'elle est en possession de renseignements qui peuvent intéresser les policiers, dans le but de protéger ses sources et sa capacité de recueillir des informations à l'avenir. Tout cela peut avoir des répercussions néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel.

(*National Post*, par. 78, citant *Lessard*, p. 452)

[147] Comme l'illustre cette citation, une incidence collatérale évidente du fait que la presse puisse être contrainte de se conformer à une ordonnance de communication est un effet dissuasif non seulement sur l'organe de presse ciblé, mais aussi sur la presse en général. L'ampleur de l'effet dissuasif peut varier d'un cas à l'autre, mais on ne peut guère remettre son existence en cause.

[148] Le pendant de cet effet dissuasif est l'importance de l'intérêt de l'État à ce que l'ordonnance soit rendue. Comme le juge Cory l'a affirmé dans *Lessard*, « tous les citoyens ont un intérêt à ce que les actes criminels fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites » : p. 446. Plus particulièrement, « [l]'enquête relative à un crime grave et violent [est] importante pour l'État », et lorsqu'un crime est en cours ou lorsqu'il existe un risque que d'autres crimes soient commis, « il faut reconnaître qu'il y [a] une certaine urgence à effectuer la perquisition » : *Nouveau-Brunswick*, p. 476. Autrement dit, plus le crime faisant l'objet de l'enquête est grave, plus la preuve recherchée est convaincante et plus le besoin d'enquête est urgent, plus l'intérêt de l'État est élevé.

[149] Bien que la force probante de la preuve soit une considération pertinente, j'estime, comme la Couronne, que pour évaluer le degré d'intérêt de l'État, il ne serait pas approprié d'exiger une évaluation de la *nécessité* qu'il présente les éléments

to obtain a conviction. Production orders are often a preliminary part of the Crown's efforts to marshal a case. What will ultimately be necessary to prove the Crown's case at trial is unknowable at the early stages of an investigation, where the police's role is "to locate, examine and preserve all the evidence relevant to events which may have given rise to criminal liability", not to "decide whether the essential elements of an offence are made out" (*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 22).

[150] Recognizing that s. 2(b) requires a more rigorous approach to authorizations against the press, also compels clarification of some aspects of the impact on the media's rights that have emerged in the jurisprudence. One is the relevance of "prior publication". In *Lessard* and *New Brunswick*, the material sought was video footage of events said to constitute criminal activity, which had already been broadcast by the press. The Court held that the fact that the information sought had been published in whole or in part attenuated the media's claim to s. 8 privacy protection in the footage (*Lessard*, at pp. 446-47; *New Brunswick*, at p. 477).

[151] But one of the media's core functions is the exercise of discretion over what is and is not published, and there is often an expanse of unpublished material behind each published story. It seems to me that prior publication is a factor to be addressed on a case-by-case basis. If a journalist obtains a number of documents and decides to publish only some or part of them, the publication in "part" should not undermine protection for the *unpublished* portion, since state access to it clearly interferes with both privacy and newsgathering.

de preuve en cause pour obtenir une déclaration de culpabilité. Les ordonnances de communication ne constituent souvent qu'une étape préliminaire des efforts de la Couronne pour mener à bien une affaire. Tôt durant l'enquête, il est impossible de savoir ce qui sera ultimement nécessaire pour prouver la cause de la Couronne au procès, dans la mesure où le rôle de la police consiste à « découvrir, [à] examiner et [à] conserver tous les éléments de preuve se rapportant à des événements susceptibles de donner lieu à une responsabilité criminelle » et non pas à « décider si les éléments essentiels d'une infraction sont établis » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 22.

[150] Si l'on reconnaît que l'al. 2b) exige d'adopter une approche plus rigoureuse pour autoriser des perquisitions contre la presse, il faut également clarifier certains éléments qui ressortent de la jurisprudence et qui ont une incidence sur la décision relative aux droits de la presse. Une de ces incidences est la pertinence de la « publication antérieure ». Dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*, l'information que la police cherchait à obtenir était une bande vidéo déjà diffusée par la presse d'événements qui auraient constitué une activité criminelle. La Cour a conclu que le fait que l'information recherchée avait été publiée en tout ou en partie atténuait la prétention des médias à la protection de la vie privée protégée par l'art. 8 relativement aux séquences : *Lessard*, p. 446-447; *Nouveau-Brunswick*, p. 477.

[151] Cela dit, les médias ont notamment pour fonction principale d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui est publié et ce qui ne l'est pas, et derrière chaque article publié ou reportage diffusé, il y a souvent une quantité importante d'informations qui n'est pas rendue publique. Il me semble que la publication antérieure est un facteur qui doit être étudié au cas par cas. Si un journaliste obtient un grand nombre de documents et qu'il décide de n'en publier que certains ou qu'une partie, la publication « partielle » ne devrait pas miner la protection pour l'information *qui n'a pas été publiée*, puisque, autrement, l'accès qu'aurait l'État serait clairement une ingérence tant dans la vie privée du média que dans ses activités de collecte d'informations.

[152] There is also the issue of how to deal with sources, some of whom ask for full confidentiality, while others say certain things “off the record” despite being otherwise unconcerned about being identified as a source. For this latter group, the desire to remain anonymous *with respect to those particular communications* may be no less significant to their willingness to communicate with the journalist than a desire for blanket confidentiality such as was at issue in *National Post*. Where part or all of a communication with a journalist was intended or understood to be “off the record”, it too is entitled to protection from disclosure requirements. This aligns with the approach taken by the Chamberland Commission, which noted the need to protect journalists’ source materials even where the identification of a confidential source is not at issue (Chamberland Commission Report, at pp. 175-80).

[153] And the final aspect warranting discussion is whether a production order should be made against the press without the press at the hearing. This Court, in applying *Criminal Code* provisions similar to s. 487.014(1), has interpreted them to permit, but not require, *ex parte* proceedings in order to ensure that a judge is not deprived of the option of having a hearing on notice “to ensure reasonableness and fairness in the circumstances” (*R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 56; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 16). There are strong rationales for providing notice to the press in cases like this. If the authorizing judge lacks evidence and submissions from the party exclusively in possession of the information needed for the balancing — the innocent media third party whose s. 2(b) rights are engaged — then there is nothing to balance. And the authorizing judge would have no way of knowing some highly relevant facts, such as the nature of the relationship between a source and a journalist. For this reason, the Court in *National Post* held that “the media should have the opportunity to put their case against the warrant at the earliest reasonable opportunity”, and that absent urgent circumstances, the issuing judge “may well

[152] La question du traitement des sources doit aussi être résolue, dans la mesure où certaines d’entre elles requièrent une totale confidentialité, tandis que d’autres révèlent certains éléments « à titre confidentiel » sans par ailleurs se soucier d’être nommées comme source. Pour ce dernier groupe, le souhait de rester anonymes *quant à ces communications en particulier* peut ne pas être moins important eu égard à leur volonté de communiquer avec le journaliste que le désir d’une confidentialité absolue comme celle dont il était question dans *National Post*. Lorsqu’une partie ou la totalité d’une communication avec un journaliste était destinée à être faite « à titre confidentiel » ou comprise comme devant être telle, elle aussi a droit à une protection contre les exigences en matière de communication. Cette vision est conforme à l’approche adoptée par la Commission Chamberland, qui a souligné la nécessité de protéger l’information fournie par les sources des journalistes même lorsque l’identification d’une source confidentielle n’est pas en litige : Rapport de la Commission Chamberland, p. 175-180.

[153] Le dernier aspect qui mérite d’être discuté est celui de savoir s’il est opportun qu’une ordonnance de communication soit prononcée contre un média qui n’est pas présent à l’audience. Lorsqu’elle a appliqué des dispositions du *Code criminel* similaires au par. 487.014(1), la Cour les a interprétées pour qu’elles permettent, mais pas pour qu’elles exigent, la tenue de procédures *ex parte*, de manière à garantir que le juge ne soit pas privé de la possibilité de tenir une audience après signification d’un avis « afin de garantir le caractère juste et raisonnable des procédures dans les circonstances » : *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 56; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 16. Dans de tels cas, il existe de bonnes raisons pour que la presse soit avisée. Si le juge saisi de la demande n’a pas été informé par la partie qui est la seule à disposer — le média tiers innocent dont les droits protégés par l’al. 2b) sont en cause — de certains éléments de preuve ou de certaines allégations dont il a besoin pour mettre en balance les différents intérêts en cause, il n’aura alors rien à mettre en balance. En outre, ce juge n’aura aucun moyen de connaître certains faits hautement pertinents, comme la nature de la

conclude that it is desirable to proceed on notice” (para. 83). While the issue of notice is ultimately a matter within the discretion of the authorizing judge, it is, obviously, highly preferable in most cases to proceed on notice to the media rather than *ex parte*.

[154] In rare cases where the Crown can show that there are exigent circumstances or that there is a real risk of the destruction of evidence, notice may not be feasible. A real risk, for example, that the press would act to move evidence “beyond the reach of [the] Canadian court process”, as the ITO in this case asserted, might also militate against giving notice. In those circumstances, an order should be made for sealing and preserving the evidence that is obtained pending notice to the press and an opportunity to contest the order before a reviewing judge. The possibility that the press may not “cooperate with police”, which was also suggested in the ITO, does not raise the same concerns. In those cases, it remains preferable to proceed on notice so that the media can oppose the order at the earliest possible opportunity.

[155] That brings us to the approach for reviewing production orders. Once an authorization has been granted, the person targeted by the order can challenge it. A challenge to an ordinary search warrant or production order by a third party typically occurs by way of *certiorari* in the Superior Court (Scott C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at pp. 16-53 to 16-55). The target can argue that the record before the authorizing judge was insufficient to establish the requisite statutory grounds for issuance. Alternatively, he or she can argue that the record did not accurately reflect what

relation qui unit une source et un journaliste. Pour cette raison, dans *National Post*, la Cour a conclu que « les médias devraient avoir la possibilité de faire valoir leurs arguments contre la délivrance du mandat à la première occasion raisonnable », et que, à défaut d’une situation d’urgence, le juge saisi de la demande « pourrait conclure à bon droit qu’il est préférable d’aviser le média » : par. 83. Bien que la question de l’avis soit ultimement une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, il est évidemment nettement préférable dans la plupart des cas d’aviser le média plutôt que d’entendre la demande *ex parte*.

[154] Par ailleurs, dans les rares cas où la Couronne peut démontrer qu’il existe des circonstances qui l’exigent ou un risque réel de destruction d’éléments de preuve, l’envoi d’un avis pourrait ne pas être possible. Un risque réel, par exemple, que la presse prenne des mesures pour mettre la preuve [TRADUCTION] « hors de la portée [du] système judiciaire canadien », comme l’indique la dénonciation en l’espèce, pourrait également militer contre l’envoi d’un avis. Dans ces circonstances, il y a lieu de rendre une ordonnance de mise sous scellés et de conservation des éléments de preuve obtenus jusqu’à ce que le média soit avisé et qu’il ait l’occasion de contester l’ordonnance devant un juge siégeant en révision. La possibilité que la presse ne « collabore pas avec les services de police », ce qui a également été suggéré dans la dénonciation en l’espèce, ne soulève pas les mêmes préoccupations. Dans de tels cas, il demeure préférable d’aviser le média de sorte qu’il puisse s’opposer à l’ordonnance dès qu’il en a l’occasion.

[155] Voilà qui nous amène à l’approche qu’il convient d’adopter pour examiner les ordonnances de communication. Une fois qu’une autorisation a été accordée, la personne visée par l’ordonnance peut la contester. Habituellement, un mandat de perquisition ou une ordonnance de communication par un tiers est contesté au moyen d’un bref de *certiorari* en Cour supérieure : Scott C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 16-53 à 16-55. La personne visée peut plaider que le juge saisi de la demande ne disposait pas d’un dossier suffisant pour établir les motifs de délivrance prescrits

the affiant knew or ought to have known and that, if it had, the authorization would not have been granted (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti and Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), at section 8.5.2).

[156] This Court set out the orthodox approach for reviewing authorizations in *Garofoli*. Under that approach, the reviewing judge “does not substitute his or her view for that of the authorizing judge” (p. 1452). Instead, he or she is confined to determining whether, in light of the record as amplified on review, “there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge” (*ibid.*). Even where the record reveals “the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence”, if the authorizing judge “could have granted the authorization”, the reviewing judge should *not* interfere (*ibid.* (emphasis added); see also *R. v. Nero* (2016), 334 C.C.C. (3d) 148 (Ont. C.A.); *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992).

[157] The combination of the *Garofoli* approach with *ex parte* authorization proceedings may make sense in the ordinary search warrant context, where the amplification of the record on review does not generally change the interests at stake. Any new evidence on review still typically relates to whether the statutory preconditions for issuance have been satisfied, namely, whether there were reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and evidence of it would be obtained. As this Court has said, “[w]hat matters is what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit in support of the . . . authorization was sworn” (*World Bank Group v. Wallace*, [2016] 1 S.C.R. 207, at para. 119). As a result, this Court has held that the scope for cross-examination of an affiant is usually narrow, and “[e]ven if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory pre-conditions” (*R. v. Pires*, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 30). New facts are not relevant if the affiant

par la loi. Il peut aussi faire valoir que le dossier ne reflétait pas correctement ce que savait ou aurait dû savoir l’affiant et que, s’il l’avait reflété, l’autorisation n’aurait pas été accordée : Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti et Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), par. 8.5.2.

[156] La Cour a énoncé l’approche traditionnelle pour réviser les autorisations dans *Garofoli*. Suivant cette approche, le juge chargé de la révision « ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l’autorisation » : p. 1452. Il doit plutôt se limiter à déterminer si, à la lumière du dossier étoffé dans le cadre de la demande de révision, « il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l’autorisation » : *ibid.* Même lorsque le dossier révèle l’existence « [de] fraude, [d’une] non-divulgaration, [d’une] déclaration trompeuse et [de] nouveaux éléments de preuve », si le juge qui a accordé l’autorisation « pouvait le faire », le juge qui siège en révision *ne* devrait *pas* intervenir : *ibid.* (italiques ajoutés); voir également *R. c. Nero* (2016), 334 C.C.C. (3d) 148 (C.A. Ont.); *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992.

[157] La combinaison de l’approche *Garofoli* et de la procédure d’autorisation *ex parte* peut avoir un sens dans le contexte d’un mandat de perquisition ordinaire, où l’étoffement du dossier lors de l’examen ne change généralement pas les intérêts en jeu. Tout nouvel élément de preuve présenté à l’étape de la révision porte généralement sur la question de savoir s’il a été satisfait aux conditions légales préalables, c’est-à-dire s’il y avait des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise et si des preuves de cette infraction seraient obtenues. Comme la Cour l’a affirmé, « [c]e qui importe, c’est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l’affidavit accompagnant la dénonciation » : *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, [2016] 1 R.C.S. 207, par. 119. Ainsi, la Cour a conclu que la portée du contre-interrogatoire d’un affiant est généralement limitée, et que « [m]ême s’il est établi que les renseignements contenus dans l’affidavit sont inexacts, ou qu’un fait substantiel n’a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la présence des conditions légales préalables » : *R. c.*

could not reasonably have known of them (*World Bank Group*, at para. 122).

[158] But this highly deferential approach was not designed to scrutinize whether s. 2(b) *Charter* rights were sufficiently protected. In fact, this Court has never directly analysed what approach should be applied for reviewing a production order against the press. In proceedings where the press is involved, and there has been no notice before the authorizing judge, the press will not have had the opportunity to explain how the order would interfere with its work until after the authorization is made. At that stage, irrespective of the new evidence, under the *Garofoli* approach the court would not be entitled to conduct a fresh balancing. Instead, it could only set aside the order if it felt the authorizing judge could not have come to any other conclusion than to deny the order.

[159] Although all production orders involve infringements of constitutional privacy rights, those infringements are usually knowable in advance and require little additional elaboration. The nature and extent of the impacts on the press are, by contrast, fact-dependent and contextual. A challenge to an *ex parte* authorization against a journalist may, and necessarily does, involve the introduction of facts on review that the police affiant had little to no way of knowing. And, unlike in an ordinary *Garofoli* review, those facts are *highly* relevant, because the inquiry is not about the sincerity or reasonableness of the affiant's beliefs, it is about whether the order reflects a proportionate balancing.

[160] Most significantly, if the authorizing judge's decision has been made without the benefit of any submissions or evidence from the press, it is hard

Pires, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 30. Les nouveaux éléments de preuve ne sont pas pertinents si l'affiant ne pouvait pas raisonnablement en avoir eu connaissance : *Groupe de la Banque mondiale*, par. 122.

[158] Cette approche hautement empreinte de déférence n'a toutefois pas été conçue pour examiner si les droits visés à l'al. 2b) de la *Charte* avaient été suffisamment protégés. En fait, la Cour n'a jamais analysé directement quelle approche conviendrait pour réviser une ordonnance de communication rendue contre la presse. Dans les procédures auxquelles elle prend part sans avoir été avisée de la demande dont le juge est saisi, la presse n'aura pas eu l'occasion avant que l'autorisation soit accordée d'expliquer comment l'ordonnance interférerait avec son travail. À cette étape, indépendamment de l'existence ou non de nouveaux éléments de preuve, suivant l'approche *Garofoli*, la cour ne serait pas autorisée à mettre les intérêts en jeu de nouveau en balance. Elle ne pourrait plutôt qu'annuler l'ordonnance si elle estimait que le juge qui a accordé l'autorisation n'aurait pas pu conclure autrement que par un refus de prononcer l'ordonnance.

[159] S'il est vrai que toutes les ordonnances de communication entraînent des atteintes aux droits à la vie privée protégés par la Constitution, ces atteintes sont généralement connues à l'avance et requièrent bien peu qu'on élabore à leur sujet. En revanche, la nature et l'étendue de l'incidence de ces ordonnances sur la presse sont tributaires des faits et du contexte. La contestation d'une autorisation *ex parte* prononcée contre un journaliste peut mener, et mène nécessairement, lors de la révision, à la présentation de faits que le policier signataire de l'affidavit n'avait bien peu sinon aucun moyen de connaître. En outre, contrairement à la situation qui prévaut dans le contexte d'une révision de type *Garofoli* ordinaire, ces faits sont *hautement* pertinents, parce que l'examen ne porte pas sur la sincérité ou sur le caractère raisonnable des croyances de l'affiant, mais sur la question de savoir si l'ordonnance est le fruit d'une mise en balance proportionnée.

[160] Fait le plus important, si la décision du juge qui a accordé l'autorisation a été prise sans qu'il ait pu prendre connaissance des observations ou

to see why it would be entitled to deference. In my view, where the press has not had a chance to appear before the authorizing judge, it is entitled to a *de novo* balancing on the review. It would be an artificial exercise to defer to the conclusions of a decision maker who does not possess some or all of the most relevant facts in order to balance the interests at play. As well, a *de novo* hearing provides a more straightforward process for all parties, minimizing the number of steps and interim decisions, and enabling the judge to zero in on the substantive issues. If, on the other hand, the press was present and able to make its case before the authorizing judge, the more deferential *Garofoli* approach would be justified.

[161] A final note about the analysis. Some of the parties referred to the new *Journalistic Sources Protection Act*, S.C. 2017, c. 22, for the general purpose of showing that Parliament intended to strengthen press protection. None of its provisions, however, was at issue before us. As a result, these reasons have intentionally avoided addressing or applying any of them.

Application

[162] In this case, Vice Media has put forward all of the evidence and argument that would have been weighed in the balance. Based on that record, in my view, the production order strikes a proportionate balance between the rights and interests at stake.

[163] The order is narrowly tailored and targets only Mr. Makuch's communications with Mr. Shirdon, and, apart from Vice Media's claim that the Crown could somehow use published media accounts as a substitute for the evidence it seeks, there is no suggestion that those communications are available from any other source. Balancing the harms and benefits of the order, although any production order against a journalist is serious, the harmful impact of this order is, in my view, minimal. In saying so I do not rely on

des éléments de preuve de la presse, il est difficile de concevoir pourquoi elle mériterait d'être traitée avec déférence. À mon avis, lorsque la presse n'a pas eu l'occasion de comparaître devant le juge qui a accordé l'autorisation, elle a droit à ce qu'une *nouvelle* mise en balance soit faite dans le contexte de la révision. Il serait artificiel de s'en remettre aux conclusions d'un décideur qui ne disposait pas de certains des éléments de preuve les plus pertinents, ou d'aucun d'entre eux, pour mettre en balance les intérêts en jeu. En outre, une *nouvelle* audience offre un processus plus direct à toutes les parties, et minimise le nombre d'étapes ainsi que de décisions intérimaires, tout en permettant au juge de se concentrer sur les questions de fond. Si, par contre, la presse était présente et a eu l'occasion de présenter sa thèse au juge saisi de la demande, il serait justifié d'adopter l'approche plus déférente adoptée dans *Garofoli*.

[161] J'ajouterais un dernier élément concernant l'analyse. Certaines parties ont renvoyé à la nouvelle *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22, dans le but général de démontrer que le Parlement voulait renforcer la protection de la presse. Or, aucune disposition de cette loi n'était en cause devant nous. En conséquence, j'évite intentionnellement d'aborder ou d'appliquer cette loi dans les présents motifs.

Application

[162] En l'espèce, Média Vice a présenté tous les éléments de preuve et plaidé tous les arguments qui auraient pesé dans la balance. En conséquence, à mon avis, l'ordonnance de communication représente une mise en balance proportionnée des droits et intérêts en jeu.

[163] L'ordonnance a une portée limitée et vise uniquement les communications entre M. Makuch et M. Shirdon. En outre, mis à part la prétention de Média Vice selon laquelle la Couronne pourrait d'une quelconque façon utiliser les comptes rendus médiatiques publiés plutôt que les éléments de preuve qu'il cherche à obtenir, rien ne laisse à penser que ces communications pourraient être obtenues d'une autre source. En dépit du sérieux de toutes les ordonnances de communication prononcées contre

the Crown's submission that Vice Media's privacy interest in these documents was undermined by "prior publication". Rather, it is because the specific facts of this case undermine the strength of Vice Media's suggestion that the production order would interfere with its newsgathering and publication functions.

[164] The unusual lens through which this appeal must be viewed is that we are dealing with information from a source in circumstances where the source wanted everything he said to be made public. I do not deny the seriousness of journalists being seen to be participating in or conscripted into the investigation of crime. That perception could most decidedly undermine the media's perceived independence, resulting in a "loss of credibility and appearance of impartiality" (*Manitoba*, at para. 74). But the concern shrivels in the context of this case.

[165] It bears repeating that Mr. Shiridon was not a confidential source, or even one who so much as intimated that he wished Mr. Makuch to conceal his identity. On the contrary, he went to Mr. Makuch with the express purpose of broadcasting his extremist views to the public. Crucially, Mr. Makuch's lengthy, detailed affidavit contains no suggestion whatsoever that anything Mr. Shiridon said was intended or understood to be "off the record", and Vice Media has never argued otherwise.

[166] Vice Media points out that Mr. Shiridon did not initially identify himself to Mr. Makuch and used a pseudonym. But this does not amount to a confidentiality agreement. More pertinently, Mr. Makuch's own conduct shows that the relationship was not confidential in any way. It was Mr. Makuch, not the police, who identified Mr. Shiridon to the public, by publishing the articles that linked Abu Usamah to

un journaliste, j'estime que la mise en balance des avantages et des inconvénients de l'ordonnance en l'espèce mène à la conclusion que ces derniers sont minimes. Pour énoncer cette affirmation, je ne me fonde pas sur l'argument de la Couronne selon lequel il a déjà été porté atteinte aux intérêts à la vie privée de Média Vice en ce qui a trait à ces documents par une « publication antérieure ». Je me prononce ainsi plutôt parce que les faits précis de la présente cause affaiblissent la force de la suggestion de Média Vice selon laquelle l'ordonnance de communication constituerait une ingérence dans ses fonctions de collecte d'informations et de publication.

[164] La lentille inhabituelle à travers laquelle il faut voir le présent appel découle de ce que nous traitons de renseignements provenant d'une source dans des circonstances où cette dernière souhaitait que tous ses propos soient rendus publics. Je ne nie pas la gravité de la perception de la participation ou de la conscription des journalistes à l'enquête sur les crimes. Cette perception pourrait assurément miner la perception d'indépendance des médias, ce qui entraînerait [TRADUCTION] « une perte de leur crédibilité et de l'apparence de leur impartialité » : *Manitoba*, par. 74. Cette préoccupation perd toutefois de son importance dans le contexte de la présente affaire.

[165] Il vaut la peine de répéter que M. Shiridon n'était pas une source confidentielle, ni même une source qui aurait même laissé entendre qu'il souhaitait que M. Makuch dissimule son identité. Au contraire, il a approché ce dernier précisément pour que ses opinions extrémistes soient diffusées publiquement. Fait crucial, l'affidavit long et détaillé de M. Makuch ne contient aucune suggestion que tout ce que M. Shiridon a dit était destiné à être révélé « à titre confidentiel » ou compris comme tel, et Média Vice n'a jamais plaidé le contraire.

[166] Média Vice souligne que, initialement, M. Shiridon n'a pas révélé son identité à M. Makuch et a utilisé un pseudonyme. Cela n'équivaut toutefois pas à un accord de confidentialité. Fait plus pertinent, la conduite de M. Makuch lui-même illustre que la relation n'était aucunement confidentielle. C'est lui, et non pas la police, qui a révélé l'identité de M. Shiridon au public, en publiant les articles

Farah Shirdon and the YouTube video. It cannot be said, therefore, that this case involved *state* interference with a journalist-source relationship. No one, in fact, interfered with Mr. Shirdon's anonymity or privacy since he himself was the person who willingly gave up both in order to have a public platform for his views — a fact confirmed by Mr. Makuch's apparent lack of concern about identifying Mr. Shirdon in his articles.

[167] Vice Media argues that being required to comply with *any* production order, regardless of whether it covers confidential or quasi-confidential communications, and regardless of whether there is any appearance of connection between the journalist and the police, will chill sources. With respect, accepting that submission would amount to a universal, automatic immunity from production orders for the press. While the risk of a chilling effect can be presumed in such cases, the particular factual context of each case may amplify, diminish, or displace that presumption. In this case, the deliberately non-confidential nature of the source and the communications at issue diminish the risk of a chill.

[168] As for the strength of the state's interest, Vice Media does not dispute that Mr. Shirdon's alleged offences are extremely serious. Nor does Vice Media dispute that the communications between Mr. Makuch and Mr. Shirdon are likely to reveal strong evidence of Mr. Shirdon's alleged terrorist conduct. What it says instead is that the Crown does not really need these communications to succeed in its prosecution of Mr. Shirdon — a prosecution, moreover, that Vice Media says is unlikely to occur soon, if ever. But, as previously noted, whether the evidence sought is *necessary* for the Crown to obtain a conviction is not part of assessing the strength of the state's interests.

qui établissaient un lien entre Abu Usamah et Farah Shirdon et qui faisaient état de la vidéo présente sur YouTube. Il n'est donc pas possible de prétendre qu'il est question, en l'espèce, d'une ingérence de l'*État* dans la relation entre un journaliste et une source. En fait, personne ne s'est ingéré dans l'anonymat ou dans la vie privée de M. Shirdon, puisque c'est lui-même qui a renoncé à l'un comme à l'autre de manière à obtenir un forum pour faire connaître ses opinions — un fait confirmé par l'absence apparente de préoccupation de M. Makuch au sujet de l'identification de M. Shirdon dans ses articles.

[167] Média Vice plaide que le fait d'être tenu de se conformer à *quelque* ordonnance de communication *que ce soit*, qu'elle concerne ou non des communications confidentielles ou quasi confidentielles, et qu'il y ait ou non une quelconque apparence de lien entre le journaliste et la police, aura pour effet de dissuader les sources de parler aux journalistes. Soit dit en tout respect, si nous devons accepter une telle prétention, cela reviendrait à reconnaître une immunité universelle et automatique contre toutes les ordonnances de communication visant la presse. Bien qu'on puisse présumer qu'il y aurait un risque de dissuasion dans de tels cas, le contexte factuel particulier de chaque cas peut amplifier, diminuer ou repousser cette présomption. En l'espèce, la nature délibérément non confidentielle de la source et les communications en cause diminuent le risque d'effet dissuasif.

[168] Quant au degré d'intérêt de l'*État*, Média Vice ne conteste pas que les infractions reprochées à M. Shirdon soient très graves. Elle ne conteste pas non plus que les communications entre M. Makuch et M. Shirdon révéleront vraisemblablement une preuve solide de la conduite terroriste alléguée de ce dernier. Ce que Média Vice affirme plutôt, c'est que la Couronne n'a pas réellement besoin de ces communications pour avoir gain de cause dans sa poursuite contre M. Shirdon — une poursuite, en outre, dont Média Vice soutient qu'elle n'aura vraisemblablement pas lieu prochainement, le cas échéant. Or, comme je l'ai déjà mentionné, la question de savoir si les éléments de preuve recherchés sont *nécessaires* pour que la Couronne obtienne une déclaration de culpabilité ne relève pas de l'évaluation du degré d'intérêt de l'*État*.

[169] Nor can I accept Vice Media's argument that the production order should not be issued unless and until Mr. Shirdon returns to Canada and a prosecution here becomes imminent. Fleeing from Canada to join ISIS is part of the very conduct for which Mr. Shirdon is charged. It would be incongruous to use his flight from Canada as a basis for delaying an investigation of his conduct.

[170] This leads to the conclusion that the benefit of the state's interest in obtaining the messages outweighs any harm to Vice Media's rights.

[171] I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: St. Lawrence Barristers, Toronto; Linden & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Aboriginal Peoples Television Network, the Advocates in Defence of Expression in Media, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Media Guild/Communications Workers of America Canada, the Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership and Postmedia Network Inc.: Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association: Mirza Kwok Defence Lawyers, Mississauga; Hameed Law, Ottawa.

[169] Je ne peux pas accepter non plus l'argument de Média Vice selon lequel l'ordonnance de communication ne devrait pas être rendue à moins que M. Shirdon ne revienne au Canada et tant et aussi longtemps qu'il ne l'aura pas fait et qu'une poursuite ici ne sera pas imminente. Sa fuite du Canada pour rejoindre DAECH fait partie intégrante du comportement précis pour lequel M. Shirdon est accusé. Il serait incongru d'utiliser sa fuite du Canada comme fondement pour reporter une enquête sur sa conduite.

[170] Ainsi, il faut conclure que les avantages pour l'intérêt de l'État à obtenir les messages l'emportent sur le préjudice causé aux droits de Média Vice.

[171] Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : St. Lawrence Barristers, Toronto; Linden & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau de télévision des peuples autochtones, les Avocats pour la défense de l'expression dans les médias, l'Association Canadienne des Journalistes, Canadian Journalists for Free Expression, la Guilde canadienne des médias/Syndicat des Communications d'Amérique Canada, Centre for Free Expression, Global News, a Division of Corus Television Limited Partnership et Postmedia Network Inc. : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans : Mirza Kwok Defence Lawyers, Mississauga; Hameed Law, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Media Legal Defence Initiative, Reporters Without Borders, the Reporters Committee for Freedom of the Press, the Media Law Resource Centre, the International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen Canada the Canadian Centre of Pen International, the Index on Censorship, the Committee to Protect Journalists, the World Association of Newspapers and News Publishers and the International Human Rights Program: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.

Procureurs des intervenants Media Legal Defence Initiative, Reporters Sans Frontières, Reporters Committee for Freedom of the Press, Media Law Resource Centre, International Press Institute, Article 19, Pen International, Pen le Centre Canadien de Pen International, Index on Censorship, Committee to Protect Journalists, World Association of Newspapers and News Publishers et International Human Rights Program : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marc Cyr-Langlois *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense and Criminal Lawyers' Association
Interveners

INDEXED AS: R. v. CYR-LANGLOIS

2018 SCC 54

File No.: 37760.

Hearing and judgment: October 15, 2018.

Reasons delivered: December 6, 2018.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Criminal law — Driving with blood alcohol level over legal limit — Evidence — Statutory presumptions of accuracy and identity for breathalyzer test results — Burden of proof for rebutting presumptions — Scope of evidence that must be adduced to rebut presumptions — Whether evidence that is purely theoretical is sufficient to show that improper operation of breathalyzer tends to cast doubt on reliability of results — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

The accused was charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. At the police station, the qualified technician failed to observe the accused himself for a period of 15 or 20 minutes before administering each breathalyzer test. The accused argued that this was a breach of the duty to operate the breathalyzer properly and that it was sufficient to rebut the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results under s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, which had to lead to his acquittal in the absence of additional evidence from the Crown. At trial, only the qualified technician testified. The trial judge found that because the observation procedure, whose

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marc Cyr-Langlois *Intimé*

et

Procureure générale de l'Ontario, Association québécoise des avocats et avocates de la défense et Criminal Lawyers' Association
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. CYR-LANGLOIS

2018 CSC 54

N° du greffe : 37760.

Audition et jugement : 15 octobre 2018.

Motifs déposés : 6 décembre 2018.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Conduite avec alcoolémie supérieure à la limite légale — Preuve — Présomptions légales d'exactitude et d'identité des résultats d'alcootest — Fardeau de preuve pour réfuter les présomptions — Quelle est l'étendue de la preuve à présenter pour réfuter les présomptions? — Une preuve purement théorique est-elle suffisante pour démontrer que l'utilisation incorrecte de l'alcootest tend à mettre en doute la fiabilité des résultats? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)(c).

L'accusé a été inculpé de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Au poste de police, avant de procéder à chaque alcootest, le technicien qualifié omet d'observer lui-même l'accusé durant une période de 15 ou 20 minutes. Selon l'accusé, cette omission constitue un manquement à l'obligation d'utiliser correctement l'alcootest et suffit pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité que l'al. 258(1)c) du *Code criminel* confère aux résultats de l'alcootest, ce qui doit, en l'absence de preuve à charge supplémentaire, entraîner son acquittement. Au procès, seul le technicien qualifié témoigne. Le juge du procès conclut que puisque la procédure d'observation, laquelle a

general purpose was to ensure the reliability of the results, had not been followed in this case, this was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. He therefore acquitted the accused. On appeal, the Superior Court set aside the judgment of acquittal and ordered a new trial. A majority of the Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and restored the verdict of acquittal.

Held (Côté J. dissenting): The appeal is allowed, the verdict of acquittal is set aside and a new trial is ordered.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: To rebut the presumptions in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, an accused must adduce evidence tending to show that the malfunctioning or improper operation of the approved instrument casts doubt on the reliability of the results. The accused's burden is discharged if the following conditions are met: (1) the accused adduces evidence relating directly to the malfunctioning or improper operation of the instrument, and (2) the accused establishes that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. In the case of improper operation of an instrument, while abstract evidence alone may sometimes meet the requirement of raising a reasonable doubt about the reliability of the results, it is more likely that evidence that relates more concretely to the facts in issue will be required. What is essential is that the possibility that the defect affected the reliability of the results is serious enough to raise a reasonable doubt.

In the instant case, the evidence adduced did not rebut the presumptions. Even if it is assumed that improper operation of the instrument was established here based on failure to complete the 15- or 20-minute observation period, there was clearly no evidence that this improper operation tended to cast doubt on the reliability of the results. The mere improper operation alleged by the accused did not in itself tend to show that the reliability of the results was in doubt. Without evidence that related more concretely to the facts in issue, the accused's argument was in the realm of speculation and could not satisfy the reasonable doubt test. Acceptance of theoretical evidence based on speculation reflects a misinterpretation of the accused's burden of proof, which is an error of law.

Per Côté J. (dissenting): The appeal must be dismissed. An accused who seeks to counter the presumptions in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* bears only the burden of raising a reasonable doubt about a malfunction or improper operation of the breathalyzer that could affect the

pour objectif général d'assurer la fiabilité des résultats, n'a pas été respectée en l'espèce, cela suffit pour soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats. Il acquitte donc l'accusé. En appel, la Cour supérieure casse le jugement d'acquiescement et ordonne la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel, à la majorité, infirme le jugement de la Cour supérieure et rétablit le verdict d'acquiescement.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, le verdict d'acquiescement est écarté et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Pour réfuter les présomptions de l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, l'accusé doit offrir une preuve qui tend à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil approuvé permet de douter de la fiabilité des résultats. L'accusé se décharge de son fardeau si les conditions suivantes sont réunies : (1) il offre une preuve portant directement sur le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil, et (2) il établit que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. En cas d'utilisation incorrecte d'un appareil, bien qu'une démonstration abstraite puisse parfois satisfaire, à elle seule, à l'obligation de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats, il est plus probable qu'une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause soit requise. Ce qui est essentiel, c'est que la possibilité que le vice ait influé sur la fiabilité des résultats soit suffisamment sérieuse pour soulever un doute raisonnable.

En l'espèce, la preuve présentée ne permettait pas de réfuter les présomptions. Même à supposer que l'utilisation incorrecte de l'appareil a été ici établie par le non-respect de la période d'observation de 15 ou 20 minutes, la preuve que cette utilisation incorrecte tendait à mettre en doute la fiabilité des résultats était manifestement absente. La simple utilisation incorrecte invoquée par l'accusé ne tend pas à elle seule à démontrer que la fiabilité des résultats est mise en doute. Sans une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause, l'argument de l'accusé s'inscrit dans le domaine de la conjecture et ne peut respecter le critère du doute raisonnable. Se satisfaire d'une preuve théorique qui relève de la conjecture traduit une interprétation erronée du fardeau de preuve incombant à l'accusé, ce qui constitue une erreur de droit.

La juge Côté (dissidente) : L'appel doit être rejeté. Le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) du *Code criminel* se limite à soulever un doute raisonnable quant au mauvais fonctionnement ou à une utilisation incorrecte de

reliability of the results. Requiring evidence that relates more concretely to the facts in issue imposes an obligation on the accused to cast doubt on the accuracy of the results on the facts of the case, which is contrary to the Court's reasoning in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187.

In *St-Onge Lamoureux*, the Court found that the requirement of adducing evidence tending to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly was justified under s. 1 of the *Charter*, notably because there was still a real possibility that the accused could counter the statutory presumptions by showing that the relevant procedures had not been followed, in which case the reliability of the results could not be assumed. Thus, where the evidence tends to show — on the reasonable doubt standard — that the malfunctioning or improper operation of the breathalyzer increased the possibility of an inaccurate result, reliability is affected and the accused has met his or her burden. The accused does not have to tender additional evidence in order to directly raise a reasonable doubt about the accuracy of the results on the facts of the case. It is sufficient for the accused to adduce evidence tending to show that a recommended procedure was not faithfully followed and that the purpose of the procedure is to ensure the reliability of the results.

In this regard, a qualified technician's testimony may be sufficient to counter the presumptions. Where the technician testifies about a recommended procedure, states that its purpose is to ensure the reliability of the results and, finally, admits that he or she did not follow the procedure faithfully or does not know whether it was followed faithfully, the accused is not obliged to tender additional evidence. If the Crown then fails to prove beyond a reasonable doubt that the deficiency in question had no impact on the accuracy of the results on the facts of the case, the Crown completely loses the benefit of the statutory presumptions in s. 258(1)(c). It is for the trier of fact to assess the evidence adduced in order to determine whether it is sufficient to counter the statutory presumptions.

In the instant case, the trial judge made no error of law that would warrant appellate intervention in finding that the accused had raised a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the results and that the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) had therefore been countered. It was open to the trial judge to make that finding in light of the concrete and specific evidence showing that a procedure for ensuring the reliability of the results had not been followed and that this deficiency could affect the reliability of the results. Requiring an accused to testify about his or her

l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats. Exiger une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause oblige l'accusé à mettre en doute l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire, ce qui va à l'encontre du raisonnement de la Cour dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187.

Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour a conclu que l'exigence de produire une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, notamment parce que l'accusé conserve la possibilité réelle de repousser les présomptions légales en démontrant que les procédures pertinentes n'ont pas été suivies, auquel cas la fiabilité des résultats ne peut être tenue pour acquise. Ainsi, lorsque la preuve tend à démontrer — selon la norme du doute raisonnable — que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest a augmenté la possibilité d'un résultat inexact, la fiabilité s'en trouve affectée, et l'accusé a satisfait à son fardeau. Ce dernier n'a pas à produire une preuve additionnelle afin de soulever directement un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire. Il suffit que l'accusé présente une preuve tendant à démontrer qu'une procédure recommandée n'a pas été suivie fidèlement, et que cette procédure vise à assurer la fiabilité des résultats.

À cet effet, le témoignage d'un technicien qualifié peut suffire à repousser les présomptions. Lorsque celui-ci témoigne au sujet d'une procédure recommandée, qu'il précise que la procédure vise à assurer la fiabilité des résultats, et qu'il admet enfin ne pas avoir suivi celle-ci fidèlement ou ignorer si elle l'a été, l'accusé n'a pas l'obligation de produire une preuve additionnelle. Si le ministère public ne prouve pas alors, hors de tout doute raisonnable, que la défaillance en cause n'a eu aucune incidence sur l'exactitude des résultats dans les faits de l'affaire, il perd définitivement le bénéfice des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)c). Il revient au juge des faits d'apprécier la preuve administrée afin de déterminer si celle-ci est suffisante pour repousser les présomptions légales.

En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention d'une cour d'appel en concluant que l'accusé avait soulevé un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter les résultats, et que les présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) étaient par conséquent repoussées. Il était loisible au juge du procès d'arriver à cette conclusion, vu la preuve concrète et précise démontrant qu'une procédure visant à assurer la fiabilité des résultats n'avait pas été suivie, et que cette défaillance était susceptible d'affecter cette fiabilité.

alcohol consumption and physiological reactions, even though the qualified technician's testimony was sufficient to raise a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results, would upset the delicate balance between the constitutional rights of accused persons and Parliament's objectives.

Finally, the Court should not order a new trial based on arguments made for the first time on appeal, because to do so would be to give the Crown a second chance to have the accused convicted. Such a result would be contrary to the double jeopardy principle.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Referred to: *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

By Côté J. (dissenting)

R. v. St-Onge Lamoureux, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484; *R. v. Knight*, 2015 ABCA 24; *R. v. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (offences relating to conveyances) and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2018, c. 21.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3)a)(i), 258(1)c), d.01), d.1), 320.31(1) [ad. 2018, c. 21, s. 15].

Authors Cited

Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “exactitude”, “fiabilité”.

Exiger que l'accusé témoigne au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques, alors que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour soulever un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats, viendrait rompre l'équilibre fragile entre les droits constitutionnels de l'accusé et les objectifs du législateur.

Enfin, la Cour ne devrait pas ordonner un nouveau procès sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel, puisque cela reviendrait à donner une deuxième chance au ministère public de faire déclarer l'accusé coupable. Un tel résultat heurterait le principe de la protection contre le double péril.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. St-Onge Lamoureux, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484; *R. c. Knight*, 2015 ABCA 24; *R. c. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3)a)(i), 258(1)c), d.01), d.1), 320.31(1) [aj. 2018, c. 21, art. 15].
Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, L.C. 2018, c. 21.

Doctrine et autres documents cités

Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « exactitude », « fiabilité ».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Bélanger and Hogue JJ.A.), 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, 17 M.V.R. (7th) 75, [2017] AZ-51405750, [2017] Q.J. No. 8609 (QL), 2017 CarswellQue 10389 (WL Can.), setting aside a decision of Zigman J., 2015 QCCS 4369, [2015] AZ-51216659, [2015] J.Q. n° 9181 (QL), 2015 CarswellQue 9159 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Gabriel Bervin and Maxime Lacoursière, for the appellant.

Marie-Pier Boulet and Hugo T. Marquis, for the respondent.

Written submissions only by *James V. Palangio* for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Philippe Marcoux, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Adam Little, Jonathan M. Rosenthal and James Foy, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Background

[1] Where an accused is charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, once the Crown has established certain conditions, the burden shifts to the accused to raise a reasonable doubt about the reliability of the breathalyzer test results. If there is no evidence raising such a doubt, the results are presumed to be accurate, which is to say that the alcohol level in the breath sample is presumed to reflect the alcohol level in the accused's blood at

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Bélanger et Hogue), 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, 17 M.V.R. (7th) 75, [2017] AZ-51405750, [2017] J.Q. n° 8609 (QL), 2017 CarswellQue 5419 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Zigman, 2015 QCCS 4369, [2015] AZ-51216659, [2015] J.Q. n° 9181 (QL), 2015 CarswellQue 9159 (WL Can.), qui avait annulé le verdict d'acquiescement prononcé en faveur de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Gabriel Bervin et Maxime Lacoursière, pour l'appelante.

Marie-Pier Boulet et Hugo T. Marquis, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *James V. Palangio* pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Jean-Philippe Marcoux, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Adam Little, Jonathan M. Rosenthal et James Foy, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Contexte

[1] Dans les cas d'accusation de conduite d'un véhicule à moteur alors que l'alcoolémie dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, une fois que certaines conditions sont établies par le ministère public, il appartient à l'accusé de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats de l'alcootest. En l'absence d'une preuve soulevant un tel doute, les résultats sont présumés exacts, c'est-à-dire que le taux d'alcool dans l'échantillon d'haleine est présumé refléter le taux d'alcool dans le sang de l'accusé

the time of testing, and that level is presumed to be identical to the alcohol level in the accused's blood at the material time.

[2] This appeal concerns the scope of the evidence that must be adduced to rebut the presumptions of accuracy and identity that are applicable to breathalyzer test results under s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). From the bench, the Court allowed the Crown's appeal from the judgment of the Court of Appeal, set aside the verdict of acquittal restored by the Court of Appeal, and ordered a new trial, with reasons to follow. These are those reasons.

[3] The extent of the burden resting on an accused in such circumstances has been the subject of much debate. In *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, this Court put an end to that debate. Since that decision, it has been settled that to rebut the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.*, an accused must adduce evidence tending to show that the malfunctioning or improper operation of the approved instrument casts doubt on the reliability of the results (*St-Onge Lamoureux*, at para. 52). Thus,

the new provisions [of the *Cr. C.*] do not make it impossible to disprove the test results. Rather, Parliament has recognized that the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly, and that there might be deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. What the new provisions require is that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to such deficiencies. [para. 41]

This requirement has two purposes. First, it aims to ensure continued scientific recognition of breathalyzer test results, and second, it promotes the proper functioning and proper operation of instruments in order to prevent the reliability of the results from being compromised (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 33-36).

[4] The accused's burden is discharged if the following conditions are met: (i) the accused adduces evidence relating directly to the malfunctioning or

au moment du test, et ce taux est présumé identique au taux d'alcool dans le sang de ce dernier au moment des faits reprochés.

[2] Le pourvoi porte sur l'étendue de la preuve à présenter pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité que l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), confère aux résultats de l'alcootest. La Cour a accueilli séance tenante l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel, mis de côté le verdict d'acquiescement rétabli par la Cour d'appel, ordonné un nouveau procès et précisé que les motifs suivraient. Les voici.

[3] L'étendue du fardeau incombant à l'accusé en pareilles circonstances a fait l'objet de plusieurs débats auxquels notre Cour a mis un terme dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187. Depuis cet arrêt, il est acquis que, pour réfuter les présomptions de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, l'accusé doit offrir une preuve qui tend à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil approuvé permet de douter de la fiabilité des résultats (*St-Onge Lamoureux*, par. 52). Ainsi,

les nouvelles dispositions [du *C. cr.*] n'ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses. Elles reconnaissent plutôt que les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés et bien entretenus, et que des défaillances peuvent survenir dans l'entretien ou le processus d'analyse. Ce que les nouvelles dispositions exigent, c'est que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur de telles défaillances. [par. 41]

Cette exigence poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à garantir que les résultats d'alcootest continuent de jouir de la reconnaissance scientifique et, d'autre part, elle veille à encourager le bon fonctionnement et l'utilisation correcte des appareils afin d'éviter que la fiabilité des résultats ne soit compromise (*St-Onge Lamoureux*, par. 33-36).

[4] L'accusé se décharge de son fardeau si les conditions suivantes sont réunies : (i) il offre une preuve portant directement sur le mauvais fonctionnement

improper operation of the instrument, and (ii) the accused establishes that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. Each of these conditions has a theoretical element and a practical element. Therefore, for the improper operation of the instrument to be established, it must first be found that a specific procedure is generally required (theoretical element), and it must then be shown that the procedure was not in fact followed (practical element). The evidence from which it can be inferred that the defect tends to cast doubt on the reliability of the results must be looked at in the same manner. The theoretical element is satisfied where it is proved that the purpose of the procedure in question is to ensure the reliability of the results. On the practical element, the evidence must establish that, in the particular case, the defect could have affected the reliability of the results.

[5] In the instant case, there is no need to deal with the first condition. Even if we assume, without deciding, that improper operation of the instrument was established here based on failure to complete the 15- or 20-minute observation period, there was clearly no evidence that this improper operation tended to cast doubt on the reliability of the results. The Court of Appeal's judgment must be reversed. The Superior Court's judgment setting aside the verdict of acquittal by the Court of Québec and ordering a new trial must be restored.

A. *Facts*

[6] On July 12, 2012, the respondent Marc Cyr-Langlois was stopped by Constables Boissonneault and Cousineau while he was driving his vehicle. Constable Cousineau arrested him at around 12:35 a.m. The respondent was frisk searched and then taken to the police station. When they arrived at the station at around 12:54 a.m., the three men went into two adjacent rooms separated by a window. Constable Boissonneault, a qualified technician, went into the breathalyzer room to prepare the instrument and run a control test. Constable Cousineau accompanied the respondent to the interrogation room and then joined Constable Boissonneault in the adjacent breathalyzer room while the respondent exercised his right to counsel confidentially. Constable Cousineau

ou l'utilisation incorrecte de l'appareil et (ii) il établit que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. Chacune de ces conditions comporte un volet théorique et un volet pratique. En conséquence, pour établir l'utilisation incorrecte de l'appareil, il faut d'abord conclure qu'une procédure précise est généralement requise (volet théorique), puis établir que celle-ci n'a pas été respectée dans les faits (volet pratique). La preuve qui permet d'inférer que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats doit également être envisagée de la même manière. Il est satisfait au volet théorique s'il est prouvé que la procédure en question a pour objectif d'assurer la fiabilité des résultats. Pour le volet pratique, la preuve doit établir que ce vice est susceptible ici d'avoir influé sur la fiabilité des résultats.

[5] En l'espèce, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la première condition. Même à supposer, sans en décider, que l'utilisation incorrecte de l'appareil a été ici établie par le non-respect de la période d'observation de 15 ou 20 minutes, la preuve que cette utilisation incorrecte tendait à mettre en doute la fiabilité des résultats était manifestement absente. L'arrêt de la Cour d'appel doit être infirmé. Le jugement de la Cour supérieure qui a cassé le verdict d'acquiescement de la Cour du Québec et ordonné la tenue d'un nouveau procès doit être rétabli.

A. *Faits*

[6] Le 12 juillet 2012, l'intimé, M. Marc Cyr-Langlois, est intercepté au volant de son véhicule par les agents Boissonneault et Cousineau. Vers 0 h 35, l'agent Cousineau procède à son arrestation. L'intimé est soumis à une fouille sommaire avant d'être conduit au poste de police. À leur arrivée vers 0 h 54, tous trois se rendent dans deux salles adjacentes séparées par une fenêtre. L'agent Boissonneault, technicien qualifié, entre à l'intérieur de la salle d'alcootest pour préparer l'appareil et procéder à un test de contrôle. L'agent Cousineau accompagne quant à lui l'intimé dans la salle d'interrogatoire, puis rejoint l'agent Boissonneault dans la salle d'alcootest adjacente pendant que l'intimé exerce confidentiellement son droit à l'assistance

observed the respondent through the window while he placed a call to his counsel, which ended at around 1:05 a.m.

[7] At 1:08 a.m., Constable Boissonneault gave the respondent a first breathalyzer test, which showed 157 mg of alcohol in 100 ml of blood. During the statutory waiting period prior to the second test, the respondent was alone with Constable Cousineau in the interrogation room. At 1:30 a.m., Constable Boissonneault administered the second breathalyzer test, which showed 148 mg of alcohol in 100 ml of blood. Both results were therefore over the legal limit, with a difference of less than 10 mg. The respondent was then charged with operating a motor vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol and with operating a motor vehicle with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. Only the second charge is in issue here.

B. *Procedural History*

(1) Court of Québec

[8] At trial in the Court of Québec, the parties agreed that the court should begin by determining whether Constable Boissonneault had breached the duty to operate the breathalyzer properly by failing to observe the accused himself for a period of 15 or 20 minutes before administering each test. The accused argued that, in such a case, the presumptions were rebutted, which had to lead to his acquittal in the absence of additional evidence from the Crown.

[9] Only Constable Boissonneault testified for the Crown, and the trial judge rendered his decision from the bench. The trial judge found that, while the technician was not required to observe the accused himself, the period during which Constable Cousineau had done so was not continuous. He then stated that, since the general purpose of the observation procedure is to ensure the reliability of the results, his finding that the procedure had not been followed in this case was sufficient to raise a reasonable doubt. He did not refer to any additional evidence in this regard. He therefore acquitted the respondent of the

d'un avocat. L'agent Cousineau observe l'intimé par la fenêtre durant l'appel à son avocat, qui se termine vers 1 h 05.

[7] L'agent Boissonneault fait passer à l'intimé un premier test d'alcoolémie à 1 h 08, lequel indique un taux de 157 mg d'alcool par 100 ml de sang. Durant la période d'attente légale précédant le second test, l'intimé attend dans la salle d'interrogatoire seul avec l'agent Cousineau. L'agent Boissonneault effectue le second test d'alcoolémie à 1 h 30, lequel indique un taux de 148 mg d'alcool par 100 ml de sang. Les deux résultats obtenus se situent donc au-dessus de la limite légale, avec un écart de moins de 10 mg. L'intimé est alors accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie par l'alcool, ainsi que de conduire d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Seul le deuxième chef d'accusation est en cause ici.

B. *Historique procédural*

(1) Cour du Québec

[8] Au procès devant la Cour du Québec, les parties conviennent de trancher d'abord la question de savoir si l'agent Boissonneault a manqué à l'obligation d'utiliser correctement l'alcootest en omettant d'observer lui-même l'accusé durant une période de 15 ou 20 minutes avant de procéder à chaque test. Selon l'accusé, les présomptions sont réfutées dans un tel cas, ce qui doit, en l'absence de preuve à charge supplémentaire, entraîner son acquittement.

[9] Seul l'agent Boissonneault témoigne pour le ministère public et le juge du procès rend sa décision séance tenante. Ce dernier conclut que, bien que le technicien ne soit pas tenu d'observer lui-même l'accusé, la période pendant laquelle l'agent Cousineau s'est acquitté de cette tâche n'était pas continue. Il affirme ensuite que, comme la procédure d'observation a pour objectif général d'assurer la fiabilité des résultats, sa conclusion selon laquelle celle-ci n'a pas été respectée en l'espèce suffit pour soulever un doute raisonnable. Il ne mentionne aucun élément additionnel à ce chapitre. Il acquitte donc l'intimé

second charge, and the Crown stated that it had no evidence to adduce on the first charge.

(2) Quebec Superior Court, 2015 QCCS 4369

[10] Since it was of the view that the evidence required to rebut the presumptions had not been adduced, the Crown appealed as of right to the Superior Court, which allowed the appeal, set aside the judgment of acquittal and ordered a new trial. Zigman J. relied on the principles enunciated in *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, and concluded as follows:

[TRANSLATION] The Court agrees with the principles stated by the Alberta Court of Appeal at paragraph 47 of *So*, and it therefore concludes that in this case, the trial judge did not properly apply the law and made a fatal error of law in acquitting the [respondent]. [para. 10 (CanLII)]

[11] In *So*, the Alberta Court of Appeal had summarized the burden of proof that rests on an accused in such circumstances as follows:

To rebut the statutory presumptions an accused must establish to the reasonable doubt standard: (a) a deficiency in the functioning or operation of the instrument; and (b) that the deficiency directly related to the reliability of the breath test results. [para. 47]

(3) Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1033

[12] The respondent subsequently sought leave to appeal to the Court of Appeal on a question of law, which was granted. A majority of the Court of Appeal set aside the Superior Court’s judgment and restored the verdict of acquittal. All of the judges agreed that an accused must not only establish that the breathalyzer was operated improperly, but must also adduce evidence tending to show that its improper operation [TRANSLATION] “[could] influence the result” (paras. 38 and 69 (CanLII)). In short, the deficiency alleged must be serious enough to raise a reasonable doubt (*St-Onge Lamoureux*, at para. 59). In the instant case, the majority found that

du second chef d’accusation et le ministère public déclare n’avoir aucune preuve à offrir sur le premier.

(2) Cour supérieure du Québec, 2015 QCCS 4369

[10] D’avis que la preuve nécessaire pour réfuter les présomptions n’a pas été présentée, le ministère public interjette appel de plein droit devant la Cour supérieure, qui accueille l’appel, casse le jugement d’acquiescement et ordonne la tenue d’un nouveau procès. Le juge Zigman s’appuie sur les enseignements de l’arrêt *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, et conclut ceci :

Le Tribunal est d’accord avec les principes énoncés par la Cour d’appel de l’Alberta au paragraphe 47 de *So* et, en conséquence, conclut que dans la présente affaire, le juge de première instance n’a pas appliqué correctement la loi, et a commis une erreur de droit qui est déterminante, quand il a acquitté l’[intimé]. [par. 10 (CanLII)]

[11] Dans l’arrêt *So*, la Cour d’appel de l’Alberta avait résumé ainsi le fardeau de preuve incombant à l’accusé en pareilles circonstances :

[TRADUCTION] Pour réfuter les présomptions établies par la loi, l’accusé doit établir selon la norme du doute raisonnable l’existence a) d’une défaillance dans le fonctionnement ou l’utilisation de l’appareil, et b) d’un lien direct entre cette défaillance et la fiabilité des résultats de l’alcooltest. [par. 47]

(3) Cour d’appel du Québec, 2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123

[12] L’intimé sollicite par la suite l’autorisation d’en appeler devant la Cour d’appel sur une question de droit, laquelle est accordée. La Cour d’appel, à la majorité, infirme le jugement de la Cour supérieure et rétablit le verdict d’acquiescement. Tous les juges sont d’accord pour dire qu’un accusé doit non seulement établir l’utilisation incorrecte de l’alcooltest, mais également offrir une preuve tendant à démontrer que celle-ci est « susceptible [d’]influencer le résultat » (par. 38 et 69). En somme, la défaillance soulevée doit être suffisamment sérieuse pour susciter un doute raisonnable (*St-Onge Lamoureux*, par. 59). Les juges majoritaires estiment qu’en l’espèce, cette

this determination essentially concerned a question of fact and that the Superior Court had erred in intervening absent an unreasonable assessment of the evidence by the trial judge. The dissenting judge would have upheld the Superior Court's decision on the ground that "[t]he [Court of Québec] judge was not faced with evidence showing a deficiency [that could] affect the result" (para. 71).

II. Analysis

[13] The only real issue is how, in cases where there is evidence that an instrument was operated improperly (the respondent not having challenged the functioning of the instrument), the accused can show that this defect tends to cast doubt on the reliability of the results. The heart of the dispute comes down to the following: is evidence that is purely theoretical sufficient for this purpose?

[14] While it is not impossible that abstract evidence alone may sometimes meet the requirement of raising a reasonable doubt about the reliability of results, it is more likely that evidence that relates more concretely to the facts in issue will be required. This was the case here: without such evidence, the accused's argument was in the realm of speculation and could not satisfy the reasonable doubt test (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 52-53).

[15] As a result, I do not agree with the respondent's argument that it was enough in this case to show that the procedural defect in issue could, in theory, compromise reliability. Relying on such evidence amounts to accepting a [TRANSLATION] "mere hypothetical possibility", which is clearly not sufficient to raise a reasonable doubt (*R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 30). Moreover, it is important to remember that the respondent was searched twice, that he was monitored by the police officers and that the two test results were consistent, which means that if there was a digestive issue that had a distorting effect, it must have occurred before each test and affected each result in the same way. In this context, the mere improper operation alleged by the respondent did not in itself tend to show that the reliability

conclusion portait essentiellement sur une question de fait et que la Cour supérieure a commis une erreur en intervenant en l'absence d'une appréciation déraisonnable de la preuve par le premier juge. La juge dissidente aurait quant à elle maintenu la décision de la Cour supérieure au motif que « [l]e juge [de la Cour du Québec] ne disposait pas d'une preuve démontrant une défaillance susceptible d'affecter le résultat » (par. 71).

II. Analyse

[13] La seule question véritablement en litige est celle de savoir comment, dans l'hypothèse d'une preuve d'utilisation incorrecte d'un appareil (le fonctionnement de l'appareil n'ayant pas été remis en cause par l'intimé), un accusé peut démontrer que ce vice tend à mettre en doute la fiabilité des résultats. Le cœur du désaccord se résume à ceci : une preuve purement théorique est-elle suffisante à ce chapitre?

[14] Bien qu'il ne soit pas exclu qu'une démonstration abstraite puisse parfois satisfaire, à elle seule, à l'obligation de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats, il est plus probable qu'une preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause soit requise. C'était le cas ici : sans une telle preuve, l'argument de l'accusé s'inscrit dans le domaine de la conjecture et ne peut respecter le critère du doute raisonnable (*St-Onge Lamoureux*, par. 52-53).

[15] En conséquence, je ne souscris pas à l'argument de l'intimé selon lequel démontrer que le vice de procédure en cause peut théoriquement compromettre la fiabilité suffisait en l'espèce. Se contenter d'une telle preuve équivaut à avaliser une « simple possibilité théorique », ce qui est nettement insuffisant pour soulever un doute raisonnable (*R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 30). Du reste, il est important de rappeler à ce sujet que l'intimé a été fouillé à deux reprises, qu'il a été soumis à la surveillance des policiers et que les tests révèlent deux résultats cohérents entre eux, de sorte que s'il y a eu un phénomène digestif perturbateur, celui-ci doit s'être produit avant chacun des tests et en avoir influencé de la même façon chacun des résultats. Dans ce contexte, la simple utilisation incorrecte invoquée

of the results was in doubt. The minimum evidence required for this purpose was simply not adduced.

[16] I do not rule out the possibility that improper operation may be so serious or so closely connected with reliability that it will be sufficient in itself to raise a reasonable doubt about the reliability of the results obtained. In short, it does not matter whether the possible impact on reliability is inferred from the actual nature of the defect, from the extent of the defect or from other external circumstances. What is essential is that the possibility that the defect affected the reliability of the results is serious enough to raise a reasonable doubt. Bélanger J.A., dissenting in the Court of Appeal, noted the following on this point:

[TRANSLATION] Although expert evidence is not essential, concrete evidence must be tendered to show that the improper operation or malfunctioning of the instrument may be linked to the results (as opposed to the necessity to show that improper operation did in fact lead to unreliable results). In sum, the evidence should not be mere hypothesis or conjecture. [para. 75]

I agree entirely with her analysis. The Court of Québec judge did not point to any concrete evidence in this regard, and for good reason: beyond conjecture and speculation, the evidence showed nothing. Zigman J. of the Superior Court correctly found that there was no evidence tending to cast doubt on the reliability of the results, and the majority of the Court of Appeal erred in reversing his decision.

[17] An intervener, the Criminal Lawyers' Association, argues that it would be impossible for an accused to testify about his or her alcohol consumption or digestive problems without contravening s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* The intervener is mistaken. It is well established that challenges to the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* can be based only on issues relating to the proper functioning and proper operation of an instrument. However, an accused who testifies to establish that he or she had a digestive problem is not seeking thereby to show that the instrument was operated improperly. Rather, the

par l'intimé ne tend pas à elle seule à démontrer que la fiabilité des résultats est mise en doute. La preuve minimale requise à cet égard n'a tout simplement pas été présentée.

[16] Je n'exclus pas la possibilité qu'une utilisation incorrecte soit si grave ou si intimement liée à la fiabilité qu'elle suffise à elle seule à soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats obtenus. En somme, que l'incidence possible sur la fiabilité se déduise de la nature même du vice, de son ampleur ou d'autres circonstances externes importe peu. Ce qui est essentiel, c'est que la possibilité que le vice ait influé sur la fiabilité des résultats soit suffisamment sérieuse pour soulever un doute raisonnable. La juge Bélanger, dissidente en Cour d'appel, souligne à ce propos :

Quoiqu'une preuve d'expert ne soit pas essentielle, il doit y avoir une preuve concrète que la mauvaise utilisation ou le fonctionnement défaillant ait pu avoir un lien possible avec les résultats (par opposition à la nécessité de démontrer que dans les faits, l'utilisation incorrecte a engendré des résultats non fiables). Bref, la preuve ne doit pas tendre à démontrer une simple supputation ou hypothèse. [par. 75]

Je souscris entièrement à son analyse. Le juge de la Cour du Québec n'a relevé aucun élément concret à ce sujet, et pour cause : au-delà des suppositions ou des hypothèses, la preuve ne révèle rien. Le juge Zigman de la Cour supérieure a eu raison de conclure à l'absence d'une preuve tendant à mettre en doute la fiabilité des résultats et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en infirmant sa décision.

[17] L'intervenante Criminal Lawyers' Association prétend qu'il serait impossible pour l'accusé de témoigner sur sa consommation d'alcool ou ses maux digestifs sans contrevenir à l'al. 258(1)d.01) *C. cr.* Elle a tort. Il est acquis que les contestations mettant en cause les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* sont limitées aux questions relatives au bon fonctionnement et à l'utilisation correcte de l'appareil. Cependant, l'accusé qui établit par son témoignage l'existence d'un problème digestif ne cherche pas par le fait même à démontrer l'utilisation incorrecte de l'appareil. Il offre plutôt une preuve

accused is providing concrete, rational evidence that the reliability of the results may have been affected, after first identifying a deficiency in the operation of the instrument. This distinction is crucial. Of course, the fact that such testimonial evidence is admissible does not make it compulsory.

[18] Moreover, I do not agree with the respondent, who maintains that he did not present a “burping defence” because that defence relates solely to s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* The burping defence was an essential part of his arguments. He argued that the improper operation of the instrument cast doubt on the reliability of the results precisely because, in such a case, the police might not notice certain digestive issues that can have a distorting effect: the discussion during the hearing before the Court of Québec judge confirms that this question was central to the respondent’s submissions.

[19] Ultimately, in light of the material in the record, and particularly the consistency of the results, there was absolutely no evidence tending to show that the alleged defect cast doubt on the reliability of the results. That defect therefore could not form the basis for a reasonable doubt. In addition, acceptance of theoretical evidence based on speculation reflects a misinterpretation of the accused’s burden of proof, which is an error of law. The Superior Court did not err in setting aside the respondent’s acquittal and ordering a new trial.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Overview

[20] It was held in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 27, that the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit infringes the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. One reason why this infringement is justified in part is because of the recognized

concrète et rationnelle d’une possible incidence sur la fiabilité des résultats, et ce, après avoir préalablement constaté une défaillance dans l’utilisation de celui-ci. Cette distinction est cruciale. Il va sans dire que le fait qu’une telle preuve testimoniale soit admissible ne la rend pas pour autant obligatoire.

[18] En outre, je ne suis pas d’accord avec l’intimé, qui soutient ne pas avoir présenté de « défense d’éruclation », puisque cette dernière relèverait uniquement de l’al. 258(1)d.1) *C. cr.* Cette défense constituait un élément essentiel de son argumentation. En effet, l’intimé a plaidé que, si l’utilisation incorrecte de l’appareil permettait de mettre en doute la fiabilité des résultats, c’était précisément parce que certains phénomènes digestifs perturbateurs pouvaient dans un tel cas échapper aux policiers : les échanges lors de l’audience devant le juge de la Cour du Québec confirment que cette question était au cœur des représentations de l’intimé.

[19] Au bout du compte, eu égard aux éléments au dossier et notamment à la cohérence des résultats, il y avait absence totale de preuve tendant à démontrer que le vice invoqué permettait de mettre en doute la fiabilité des résultats et celui-ci ne pouvait donc fonder de doute raisonnable. De plus, se satisfaire d’une preuve théorique qui relève de la conjecture traduit une interprétation erronée du fardeau de preuve incombant à l’accusé, ce qui constitue une erreur de droit. La Cour supérieure n’a pas commis d’erreur en annulant l’acquittal de l’intimé et en ordonnant un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Aperçu

[20] L’arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 27, établit que le régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise porte atteinte à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cette atteinte est en partie justifiée, c’est notamment en raison de la fiabilité

reliability of breathalyzer test results. However, the reliability of the results is itself contingent on the proper functioning and proper operation of the instrument. Where an accused raises a reasonable doubt in this regard, there is no longer any basis for the presumptions of accuracy and identity created by s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”),¹ and those presumptions must be discarded.

[21] In the instant case, the trial judge found that the qualified technician’s testimony tended to show that the observation period required prior to the administration of the breathalyzer test had not been complied with and that this was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results and thus to deprive the prosecution of the benefit of the statutory presumptions. In my view, the trial judge made no error of law that would warrant appellate intervention. The issue is ultimately one of weighing of evidence, and the acquittal must therefore be upheld.

[22] To require, as the majority does in practice, evidence tending to show that the improper operation of the breathalyzer in fact led to inaccurate results — for example, in this case, by imposing an obligation on the accused to testify about his physiological reactions (such as burping) — would upset the delicate balance between the constitutional rights of accused persons and Parliament’s objectives. Coupled with the recent majority judgment in *R. v. Gubbins*, 2018 SCC 44, [2018] 3 S.C.R. 35, which held that breathalyzer maintenance records are not available under first party disclosure, such a requirement would render even more illusory the defences on which the constitutionality of the evidentiary scheme at issue in *St-Onge Lamoureux* depends.

[23] Therefore, I will briefly discuss this Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux*. Then, I will provide

reconnue des résultats d’alcooltest. Cependant, cette fiabilité est elle-même tributaire du bon fonctionnement et de l’utilisation correcte de l’appareil. Lorsque l’accusé soulève un doute raisonnable à cet égard, les présomptions d’exactitude et d’identité prévues à l’al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »)¹, n’ont plus lieu d’être et doivent être écartées.

[21] Dans la présente affaire, le juge du procès a conclu que le témoignage du technicien qualifié tendait à démontrer que la période d’observation requise avant l’administration de l’alcooltest n’avait pas été respectée, ce qui suffisait à soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats et, par conséquent, à faire perdre à la poursuite le bénéfice des présomptions légales. Je suis d’avis que le juge du procès n’a commis aucune erreur de droit qui justifierait l’intervention d’une cour d’appel. Il s’agit en définitive d’une question d’appréciation de la preuve et l’acquiescement doit par le fait même être confirmé.

[22] Exiger, comme le fait en pratique la majorité, une preuve tendant à démontrer que l’utilisation incorrecte de l’alcooltest a entraîné dans les faits des résultats inexacts — par exemple, dans ce cas-ci, en imposant à l’accusé l’obligation de témoigner de ses réactions physiologiques (une éructation par exemple) — viendrait rompre l’équilibre fragile entre les droits constitutionnels de l’accusé et les objectifs du législateur. Jumelée au récent jugement majoritaire dans *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44, [2018] 3 R.C.S. 35, selon lequel les registres d’entretien des alcooltests échappent à l’obligation de communication de la preuve incombant à la partie poursuivante, cette exigence rendrait encore plus illusoirs les moyens de défense dont dépend la constitutionnalité du régime de preuve en cause dans *St-Onge Lamoureux*.

[23] Je reviendrai donc brièvement sur le raisonnement de notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*.

¹ The Act to amend the Criminal Code (offences relating to conveyances) and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2018, c. 21, which received royal assent on June 21, 2018, repeals s. 258(1)(c) *Cr. C.* and replaces it with s. 320.31(1). The amendment will come into force on December 18, 2018.

¹ La Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois, L.C. 2018, c. 21, qui a reçu la sanction royale le 21 juin 2018, abroge l’al. 258(1)c) *C. cr.* et le remplace par le par. 320.31(1). La modification entrera en vigueur le 18 décembre 2018.

some clarification concerning the respective burdens of the defence and the Crown with regard to the functioning and operation of the breathalyzer. I will then consider the facts of this case in order to demonstrate that the original verdict of acquittal is, in my view, unimpeachable. Lastly, I will conclude by emphasizing that it would be unfair to order a new trial given the fact that the Crown is relying on arguments made for the first time on appeal.

II. Analytical Framework

A. *Compliance With the Relevant Procedures Underpins the Constitutionality of the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.*

[24] Essentially, this appeal requires the Court to consider the burden resting on an accused who seeks to counter the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* as well as the type of evidence that the accused must adduce to discharge that burden.

[25] My position is based, as it was in the recent decision in *Gubbins*, on the majority reasons in *St-Onge Lamoureux*. In the instant case, the majority also acknowledges the relevance of *St-Onge Lamoureux*, but in my view, and with respect, it departs from that decision. The reason why the validity of the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit was upheld in part in *St-Onge Lamoureux*, despite the infringement of the right to be presumed innocent (paras. 24 and 27-28), was notably because there was still a real possibility that the accused could counter the statutory presumptions by raising a reasonable doubt about the proper operation of the breathalyzer.

[26] Although the scientific evidence adduced in *St-Onge Lamoureux* demonstrated the reliability of breathalyzers, it also highlighted the importance of following the relevant procedures faithfully in order to obtain accurate results:

The expert evidence filed in the instant case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used

J’apporterai ensuite certaines précisions sur les fardeaux respectifs de la défense et du ministère public en ce qui a trait au fonctionnement et à l’utilisation de l’alcootest. Je poursuivrai en examinant les faits de la présente affaire afin de démontrer que le verdict initial d’acquiescement est, selon moi, inattaquable. Enfin, je conclurai en soulignant qu’il serait injuste d’ordonner un nouveau procès, compte tenu du fait que le ministère public s’appuie sur des arguments présentés pour la première fois en appel.

II. Cadre d’analyse

A. *Le respect des procédures pertinentes sous-tend la constitutionnalité des présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.*

[24] Pour l’essentiel, la Cour est appelée en l’espèce à examiner le fardeau imposé à l’accusé qui entend repousser les présomptions d’exactitude et d’identité prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.*, ainsi que le type de preuve que celui-ci doit présenter pour satisfaire à ce fardeau.

[25] Tout comme dans le récent arrêt *Gubbins*, ma position repose sur les motifs des juges majoritaires dans *St-Onge Lamoureux*. Dans la présente affaire, la majorité reconnaît elle aussi la pertinence de cet arrêt, mais, à mon avis, et avec égards, elle s’en écarte. Si la validité du régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise a été partiellement confirmée dans *St-Onge Lamoureux*, malgré l’atteinte à la présomption d’innocence (par. 24 et 27-28), c’est notamment parce que l’accusé conserve la possibilité réelle de repousser les présomptions légales en soulevant un doute raisonnable quant à l’utilisation correcte de l’alcootest.

[26] Bien que la preuve scientifique produite dans l’affaire *St-Onge Lamoureux* ait démontré la fiabilité des alcootests, cette même preuve a également fait ressortir l’importance de respecter fidèlement les procédures pertinentes afin d’obtenir des résultats exacts :

La preuve d’expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de

improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real. . . .

. . . Thus, human error can occur when samples are taken and at various steps in the maintenance of the instruments, which, it should be mentioned, are used Canada-wide. Hodgson's report, which the prosecution itself relied on as a source of the statutory amendments, refers to the importance of proper operation and maintenance:

. . . to achieve scientifically sound results in operational use, user agencies must ensure that approved instruments are operated by qualified personnel using procedures based on good laboratory practice. [p. 83] [Emphasis added; paras. 25-26.]

(See also paras. 26, 38, 41 and 72.)

[27] In discussing the relevant procedures for ensuring the reliability of results, the Court gave the specific example of the period during which the accused must be observed prior to the test:

The Alcohol Test Committee (“Committee”) of the Canadian Society of Forensic Science (“CSFS”) has made a series of recommendations concerning the procedures to be followed by the professionals who operate the instruments The Committee states that before collecting a breath sample, the qualified technician must, among other things, observe the test subject for 15 minutes [Emphasis added; para. 25.]

(See also *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, at paras. 92-94 (CanLII), cited at para. 35 of *St-Onge Lamoureux*.)

[28] In determining whether the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*, the Court expressly emphasized the fact that the constitutionality of the provisions at issue depended, among other things, on “whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption” (paras. 30-31 (emphasis added)).

[29] In this regard, the Court found that only the first of the three requirements imposed on the accused by s. 258(1)(c) *Cr. C.* — that of adducing

mauvaise utilisation de l'appareil lors de la prise d'échantillons d'haleine n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle. . . .

. . . Il peut donc se produire des erreurs humaines au cours du processus de prélèvement et aux diverses étapes d'entretien de ces appareils qui, il faut le noter, sont utilisés à travers tout le Canada. Le rapport Hodgson — que la poursuite elle-même a invoqué comme source des modifications législatives — fait état de l'importance d'une bonne manipulation et d'un bon entretien :

Pour parvenir à des résultats rigoureusement scientifiques lors de leur utilisation sur le terrain, les alcootests approuvés doivent être manipulés par du personnel qualifié suivant des procédures fondées sur de bonnes pratiques de laboratoire. [p. 97] [Je souligne; par. 25-26.]

(Voir aussi par. 26, 38, 41 et 72.)

[27] Parmi les procédures pertinentes pour assurer la fiabilité des résultats, la Cour donne l'exemple précis de la période d'observation préalable du prévenu :

Le Comité des analyses d'alcool (« Comité ») constitué sous l'égide de la Société canadienne des sciences judiciaires (« SCSJ ») a formulé un ensemble de recommandations relatives aux procédures que doivent suivre les professionnels qui opèrent les appareils [. . .] Avant de prélever un échantillon d'haleine, le Comité prévoit que le technicien qualifié doit notamment observer le sujet de l'analyse pendant 15 minutes . . . [Je souligne; par. 25.]

(Voir aussi *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, par. 92-94, citée au par. 35 de *St-Onge Lamoureux*.)

[28] À l'étape de la justification au regard de l'article premier de la *Charte*, la Cour a insisté expressément sur le fait que la constitutionnalité des dispositions en cause dépendrait notamment de la « possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire » (par. 30-31 (je souligne)).

[29] À cet égard, la Cour a conclu que seule la première des trois exigences imposées à l'accusé par l'al. 258(1)c) *C. cr.* — celle de produire une preuve

evidence tending to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly — constituted a reasonable limit on the right to be presumed innocent (para. 3). This burden was justified because it reflected the fact that “the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly” (para. 41).

[30] The Court declined to specifically determine the nature and scope of the evidence required to show that the instrument was operated improperly (para. 42). However, Deschamps J. made a point of noting the relevance of the recommendations made by the Alcohol Test Committee of the Canadian Society of Forensic Science:

In its recommendations, the CSFS Committee also suggested mechanisms for ensuring that the instruments function properly and for assuring the quality of breath alcohol analyses. It can be inferred from these recommendations that the instruments may not function optimally if the suggested procedures are not followed. [Emphasis added; para. 43.]

[31] It was therefore in light of the fact that it was possible for the accused to show that the relevant procedures had not been followed — in which case the reliability of the results could not be assumed — that the Court ultimately concluded that the first requirement imposed by s. 258(1)(c) *Cr. C.* was justified under s. 1 of the *Charter*. In my view, that conclusion sheds light on the burden resting on an accused who seeks to counter the statutory presumptions.

B. *An Accused Who Seeks to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C. Bears Only the Burden of Raising a Reasonable Doubt About Improper Operation of the Breathalyzer That Could Affect the Reliability of the Results*

[32] I am not suggesting that *St-Onge Lamoureux* elevated the various recommendations concerning the operation of breathalyzers — including that there be a period of observation of the accused — to the level of statutory conditions that the Crown must meet to benefit from the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* The only applicable

tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil — constitue une limite raisonnable à la présomption d'innocence (par. 3). En effet, ce fardeau se justifie puisqu'il respecte le fait que « les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés » (par. 41).

[30] La Cour s'est abstenue de circonscrire avec précision la nature et l'étendue de la preuve requise pour démontrer une utilisation incorrecte de l'appareil (par. 42). La juge Deschamps a cependant pris soin de signaler la pertinence des recommandations du Comité des analyses d'alcool constitué sous l'autorité de la Société canadienne des sciences judiciaires :

Dans ses recommandations, le Comité de la SCSJ suggère également des mécanismes pour assurer le bon fonctionnement des appareils et la qualité des analyses d'alcoolémie. Il est possible d'inférer de ces recommandations que, si les procédures suggérées ne sont pas suivies, le fonctionnement des appareils pourrait ne pas être optimal. [Je souligne; par. 43.]

[31] C'est donc en tenant compte de la possibilité pour l'accusé de démontrer que les procédures pertinentes n'ont pas été suivies — auquel cas la fiabilité des résultats ne peut être tenue pour acquise — que la Cour a finalement conclu que la première exigence de l'al. 258(1)c) *C. cr.* était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, ce constat nous éclaire sur le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions légales.

B. *Le fardeau imposé à l'accusé qui entend repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) C. cr. se limite à soulever un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats*

[32] Je ne prétends point que l'arrêt *St-Onge Lamoureux* a élevé les diverses recommandations relatives à l'utilisation des alcootests — y compris le respect d'une période d'observation du prévenu — au rang de conditions législatives auxquelles le ministère public devrait satisfaire pour bénéficier des présomptions d'exactitude et d'identité prévues à

statutory conditions are those imposed by Parliament in s. 258(1)(c)(ii) to (iv).

[33] As noted by the majority of the Quebec Court of Appeal, an accused who seeks to counter the statutory presumptions bears only the burden of adducing evidence tending to show a malfunction or improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results; the accused is not required to show that the results are in fact inaccurate (2017 QCCA 1033, at paras. 38, 41, 56 and 60 (CanLII)). It is also clear that the evidence in question need only raise a reasonable doubt in this regard (*St-Onge Lamoureux*, at para. 16; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, at para. 17).

[34] This formulation of the burden is consistent with *St-Onge Lamoureux*, which simply requires evidence of a “defect that could cast doubt on the reliability of the results” (para. 63; see also paras. 41 and 48), and with the principles enunciated in *R. v. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, at paras. 44 and 47.

[35] Like the Crown, the majority purports to accept that the burden on the accused is simply to raise a reasonable doubt about the *reliability* of the results by means of evidence tending to show that the breathalyzer was malfunctioning or was operated improperly (majority reasons, at para. 4). Yet by requiring “evidence that relates more concretely to the facts in issue” (para. 14) — what it refers to as the “practical element” — the majority is effectively imposing an obligation on the accused to cast doubt on the *accuracy* of the results on the facts of the case. With respect, I consider it contrary to this Court’s reasoning in *St-Onge Lamoureux* to impose such a burden, since it amounts to resurrecting, in attenuated form, the second requirement in s. 258(1)(c) *Cr. C.* It will be recalled that this Court held in *St-Onge Lamoureux* that this second requirement — that of demonstrating a connection between the deficiency and the results indicating a blood alcohol level exceeding the legal limit — constituted a serious infringement of the right to be presumed innocent that could not be justified (para. 59).

l’al. 258(1)c) *C. cr.* Les seules conditions législatives applicables sont celles imposées par le législateur aux sous-al. 258(1)c)(ii) à (iv).

[33] Comme l’ont affirmé les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec, le fardeau imposé à l’accusé qui entend repousser les présomptions légales se limite à produire une preuve tendant à démontrer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l’alcooltest susceptible d’affecter la fiabilité des résultats, sans toutefois requérir de démontrer dans les faits l’inexactitude des résultats (2017 QCCA 1033, 39 C.R. (7th) 123, par. 38, 41, 56 et 60). Il va de soi, par ailleurs, que la preuve en question n’a qu’à soulever un doute raisonnable à cet égard (*St-Onge Lamoureux*, par. 16; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 17).

[34] Cette formulation est conforme à l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, qui insiste simplement sur la preuve d’un « vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats » (par. 63; voir aussi par. 41 et 48), de même qu’aux enseignements de l’arrêt *R. c. So*, 2014 ABCA 451, 9 Alta. L.R. (6th) 382, par. 44 et 47.

[35] Tout comme le ministère public, la majorité dit accepter que le fardeau de l’accusé se résume à soulever un doute raisonnable quant à la *fiabilité* des résultats en s’appuyant sur une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest (motifs majoritaires, par. 4). Pourtant, en exigeant une « preuve qui se rattache plus concrètement aux faits en cause » (par. 14), ce qu’elle appelle le « volet pratique », la majorité impose en réalité à l’accusé l’obligation de mettre en doute l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. Avec égards, j’estime que ce fardeau va à l’encontre du raisonnement de notre Cour dans *St-Onge Lamoureux*. En effet, un tel fardeau revient à faire renaître sous une forme atténuée la seconde exigence de l’al. 258(1)c) *C. cr.* Rappelons que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* établit que cette deuxième exigence — soit celle de démontrer un lien entre la défaillance et les résultats indiquant une alcoolémie supérieure à la limite permise — constitue une atteinte sérieuse à la présomption d’innocence qui ne peut être justifiée (par. 59).

[36] It is no accident that *St-Onge Lamoureux* requires evidence that raises a reasonable doubt about the *reliability* rather than the *accuracy* of the results. These two terms, though related, do not have the same meaning. The former refers, in its technical sense, to the [TRANSLATION] “[a]bility of a system . . . to function without incident for a period of time” and, by extension, to the “[n]ature of [something that can be relied on]” (*Le Petit Robert* (new ed. 2012), at p. 1036, definition of “*fiabilité*” (reliability)). The latter refers to “[c]onformity to the truth” (p. 964, definition of “*exactitude*” (accuracy)). In *St-Onge Lamoureux*, the Court could have required the accused to rebut the presumption of *accuracy* by adducing evidence that raised a reasonable doubt about the *accuracy* of the results. Instead, the Court asked the accused to raise a reasonable doubt about the *reliability* of the results. In my opinion, this distinction is significant.

[37] Simply put, where the evidence tends to show — on the reasonable doubt standard — that the malfunctioning or improper operation of the breathalyzer increased the *possibility* of an inaccurate result, then *reliability* is affected and the accused has met his or her burden. The accused does not have to tender additional evidence in order to directly raise a reasonable doubt about the *accuracy* of the results on the facts of the case. In practice, it will be sufficient to adduce evidence tending to show that a recommended procedure was not faithfully followed and that the purpose of the procedure is to ensure the reliability of the results. In my view, this is a “defect that could cast doubt on the reliability of the results” within the meaning of *St-Onge Lamoureux* (emphasis added). The accused’s burden ends there, because the application of the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* is justified only insofar as the relevant procedures are complied with (see *St-Onge Lamoureux*, at paras. 27, 38, 41, 43 and 63).

[38] The burden then shifts to the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the deficiency in question had no impact on the *accuracy* of the results on the facts of the case. In *St-Onge Lamoureux*, Deschamps J. noted that there is nothing excessive about this reverse onus: “[B]eing the party that has to prove that there is no connection after the accused

[36] Ce n’est pas par hasard que l’arrêt *St-Onge Lamoureux* requiert une preuve de nature à soulever un doute raisonnable quant à la *fiabilité* plutôt que quant à l’*exactitude* des résultats. Bien qu’ils soient liés, ces deux termes n’ont pas le même sens. Le premier désigne, dans son sens technique, l’« [a]ptitude d’un système [. . .] à fonctionner sans incidents pendant un temps donné », et, par extension, le « [c]aractère d’une chose [à laquelle on peut se fier] » (*Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 1036). Le second renvoie à la « [c]onformité avec la réalité » (p. 964). Dans *St-Onge Lamoureux*, la Cour aurait pu exiger que l’accusé réfute la présomption d’*exactitude* en présentant une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l’*exactitude* des résultats. Or, la Cour a plutôt invité l’accusé à soulever un doute raisonnable à l’égard de la *fiabilité* des résultats. Selon moi, cette nuance est significative.

[37] En clair, lorsque la preuve tend à démontrer — selon la norme du doute raisonnable — que le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest a augmenté la *possibilité* d’un résultat inexact, la *fiabilité* s’en trouve affectée, et l’accusé a satisfait à son fardeau. Ce dernier n’a pas à produire une preuve additionnelle afin de soulever directement un doute raisonnable quant à l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. En pratique, il suffira de présenter une preuve tendant à démontrer qu’une procédure recommandée n’a pas été suivie fidèlement, et que cette procédure vise à assurer la *fiabilité* des résultats. Il s’agit, selon moi, d’un « vice de nature à mettre en doute la *fiabilité* des résultats » au sens de l’arrêt *St-Onge Lamoureux* (je souligne). Le fardeau de l’accusé s’arrête là, puisque l’application des présomptions prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.* n’est justifiée que dans la mesure où les procédures pertinentes sont respectées (voir *St-Onge Lamoureux*, par. 27, 38, 41, 43 et 63).

[38] Il revient alors au ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, que la défaillance en cause n’a eu aucune incidence sur l’*exactitude* des résultats dans les faits de l’affaire. La juge Deschamps a d’ailleurs fait remarquer dans *St-Onge Lamoureux* que ce renversement du fardeau n’a rien d’excessif : « [L]e fait que la poursuite soit la partie tenue de

has adduced evidence to show that the instrument malfunctioned or was operated improperly does not impose a significant additional burden on the prosecution” (para. 57 (emphasis added)). However, if the Crown fails to discharge this burden, it completely loses the benefit of the statutory presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* As Mr. Cyr-Langlois aptly observes in his factum, [TRANSLATION] “[t]he Crown should not be able to rely on the rigour of the technicians to persuade this Court that the results are reliable and then trivialize the importance of that rigour when the reliability of the results is challenged” (para. 192).

C. A Qualified Technician’s Testimony May Be Sufficient to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.

[39] There is nothing to prevent the accused from relying solely on the qualified technician’s testimony to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. As the Court stated in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, at p. 1100, evidence to counter the statutory presumptions may be “sought in depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses”.

[40] Under the *Criminal Code*, the qualified technician is responsible for the proper operation of the breathalyzer (see, for example, ss. 254(3)(a)(i) and 258(1)(c)(iv)). Where the technician testifies about a recommended procedure, states that its purpose is to ensure the reliability of the results and, finally, admits that he or she did not follow the procedure faithfully or does not know whether it was followed faithfully, the accused is not obliged to tender additional evidence — such as a copy of the training manual in issue — to corroborate the technician’s testimony. That testimony is in itself evidence that can raise a reasonable doubt about the reliability of the results. To take the opposite position would be to disregard the unique role conferred by Parliament on qualified technicians in the context of blood alcohol analysis.

présenter à son tour une preuve d’absence de lien après que la défense aura soumis une preuve mettant en doute le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’appareil ne lui impose pas un fardeau additionnel important » (par. 57 (je souligne)). Si toutefois le ministère public ne parvient pas à satisfaire à ce fardeau, il perd définitivement le bénéfice des présomptions légales prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.* Comme le souligne avec justesse M. Cyr-Langlois dans son mémoire, « [l]e ministère public ne doit pas pouvoir utiliser la rigueur des techniciens pour convaincre cette Cour de la fiabilité des résultats, pour ensuite banaliser l’importance de cette même rigueur lorsque la fiabilité des résultats est attaquée » (par. 192).

C. Le témoignage d’un technicien qualifié peut suffire à repousser les présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.

[39] Rien n’empêche l’accusé de s’appuyer uniquement sur le témoignage du technicien qualifié pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Comme l’a précisé la Cour dans l’arrêt *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, p. 1100, une preuve visant à repousser les présomptions légales peut être « puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense ».

[40] Suivant le *Code criminel*, le technicien qualifié est responsable de l’utilisation correcte de l’alcooltest (voir, par exemple, sous-al. 254(3)a)(i) et 258(1)c)(iv)). Lorsque ce technicien témoigne au sujet d’une procédure recommandée, qu’il précise que la procédure en question vise à assurer la fiabilité des résultats, et qu’il admet enfin ne pas avoir suivi celle-ci fidèlement ou ignorer si elle l’a été, l’accusé n’a pas l’obligation de produire une preuve additionnelle — telle une copie du manuel de formation en cause — pour corroborer le témoignage. Il s’agit, en soi, d’une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Adopter la position contraire serait faire fi du rôle unique que le législateur accorde au technicien qualifié en matière d’analyse de l’alcoolémie.

[41] It is for the trier of fact to assess the evidence adduced in order to determine whether it is sufficient to counter the statutory presumptions. Of course, the trier of fact may well find that, in the circumstances, the qualified technician’s testimony does not in itself raise a reasonable doubt, for example because the problems identified are “frivolous or trivial” (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 52 and 59).

III. Application to the Facts

A. *The Trial Judge Made No Error of Law*

[42] The trial judge correctly stated the law. He properly noted that the accused must adduce evidence tending to show that the breathalyzer was malfunctioning or was operated improperly and that the deficiency in question must raise a reasonable doubt about the [TRANSLATION] “reliability of the test taken” (A.R., vol. 1, at pp. 3 and 6). His findings of fact on this point are supported by the evidence adduced by the parties. In my opinion, the verdict of acquittal is therefore unimpeachable.

[43] The Crown has not identified any error of law that would warrant this Court’s intervention. Contrary to what it argues, it was deprived of the benefit of the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* not because of a [TRANSLATION] “mere speculative possibility”, but rather because of concrete and specific evidence showing that a relevant procedure — observation of the accused for a period of time — had not been followed and that this deficiency could affect the reliability of the results.

[44] In this regard, I cannot agree with the majority that the trial judge misinterpreted the reasonable doubt standard and that his findings were based on “speculation” (majority reasons, at paras. 14, 15 and 19). This loses sight of the fact that the accused was not required to raise a reasonable doubt as to whether his blood alcohol level exceeded the legal limit, or even about the accuracy of the results on the facts of the case. The reasonable doubt simply had to relate to improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results. On this

[41] Il revient au juge des faits d’apprécier la preuve administrée afin de déterminer si celle-ci est suffisante pour repousser les présomptions légales. Il va sans dire que le juge pourrait très bien considérer que, dans les circonstances, le témoignage du technicien qualifié ne soulève pas en soi un doute raisonnable, par exemple parce que les problèmes constatés sont « futiles ou anodins » (*St-Onge Lamoureux*, par. 52 et 59).

III. Application aux faits

A. *Le juge du procès n’a commis aucune erreur de droit*

[42] Le juge du procès s’est bien dirigé en droit. Il affirme avec raison que l’accusé doit produire une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcootest, et que la défaillance en question doit soulever un doute raisonnable quant à la « fiabilité du test qui a été prélevé » (d.a., vol. 1, p. 3 et 6). Ses conclusions de fait à cet égard trouvent appui dans la preuve produite par les parties. À mon avis, le verdict d’acquittal est par conséquent inattaquable.

[43] Le ministère public n’a décelé aucune erreur de droit qui justifierait l’intervention de la Cour. Contrairement à ce qu’il prétend, ce n’est pas une « simple possibilité conjecturale » qui lui a fait perdre le bénéfice des présomptions prévues à l’al. 258(1)c) *C. cr.*, mais une preuve concrète et précise démontrant qu’une procédure pertinente — la période d’observation du prévenu — n’a pas été suivie, et que cette défaillance était susceptible d’affecter la fiabilité des résultats.

[44] À cet égard, je ne peux souscrire à l’opinion de la majorité voulant que le juge du procès ait mal interprété la norme du doute raisonnable et que ses conclusions relèvent de la « conjecture » (motifs majoritaires, par. 14, 15 et 19). C’est perdre de vue que l’accusé n’a pas à soulever un doute raisonnable quant au fait que l’alcoolémie dépassait la limite permise, ni même quant à l’exactitude des résultats dans les faits de l’affaire. Le doute raisonnable devait simplement porter sur une utilisation incorrecte de l’alcootest susceptible d’affecter la fiabilité des

point, the evidence adduced in the instant case was not “theoretical”.

[45] Moreover, the majority concedes that, in certain circumstances, evidence of improper operation may in itself raise a reasonable doubt about the reliability of the results (para. 16). In my view, this is a matter for the trier of fact to decide, since it involves assessing the sufficiency of the evidence (see *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, at p. 231; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, at pp. 380-81; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, at p. 608).

B. *The Evidence Adduced at the Hearing Was Sufficient to Counter the Presumptions in Section 258(1)(c) Cr. C.*

[46] In the present case, Mr. Cyr-Langlois adduced relevant evidence concerning the improper operation of the breathalyzer and the trial judge found that that evidence was sufficient to raise a reasonable doubt about the reliability of the results. This Court should therefore not intervene.

[47] First, Constable Boissonneault, the qualified technician, himself stated that the procedures prescribed by the École nationale de police du Québec include a 20-minute observation period. He said that this period is meant to ensure that the accused has not consumed alcohol, vomited, regurgitated or burped before the breath samples are taken, since any of these may leave residual alcohol in the accused’s mouth, which could distort the results. This testimony was more than sufficient to show that a procedure exists for ensuring the reliability of the test results. There was no need to file the training manual of the École nationale de police du Québec, to which the witness referred, or to have an expert testify to corroborate what the witness had said.

[48] Constable Boissonneault’s cross-examination also tends to show that Mr. Cyr-Langlois was not observed during the prescribed period to ensure that no physiological reaction affected the reliability of the results. The qualified technician stated that he

résultats. À ce chapitre, la preuve offerte en l’espèce n’était pas « théorique ».

[45] Qui plus est, la majorité concède qu’il est possible, dans certaines circonstances, que la preuve d’une utilisation incorrecte soulève en elle-même un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats (par. 16). À mon sens, il appartient au juge des faits de se prononcer sur cette question, car il s’agit d’apprécier le caractère suffisant de la preuve (voir *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, p. 231; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, p. 380-381; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, p. 608).

B. *La preuve présentée à l’audience suffisait à repousser les présomptions prévues à l’al. 258(1)c) C. cr.*

[46] En l’espèce, M. Cyr-Langlois a présenté une preuve pertinente quant à l’utilisation incorrecte de l’alcootest, et le juge du procès a conclu que cette preuve suffisait à soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats. Notre Cour ne devrait donc pas intervenir.

[47] D’abord, l’agent Boissonneault, le technicien qualifié, a lui-même affirmé que les procédures prescrites par l’École nationale de police du Québec prévoient une période d’observation de 20 minutes. Selon lui, cette période vise à s’assurer que le prévenu n’a pas consommé, vomi, régurgité ou éructé avant le prélèvement des échantillons d’haleine, ce qui risque d’entraîner la présence d’alcool résiduel dans sa bouche et ainsi de fausser les résultats. Ce témoignage était largement suffisant pour démontrer l’existence d’une procédure visant à assurer la fiabilité des résultats d’analyses. Il n’était pas nécessaire de produire le manuel de formation de l’École nationale de police du Québec auquel le témoin a fait référence, ni de faire témoigner un expert pour corroborer ses observations.

[48] Ensuite, le contre-interrogatoire de l’agent Boissonneault tend également à démontrer que M. Cyr-Langlois n’a pas été observé pendant la période prescrite de manière à s’assurer qu’aucune réaction physiologique n’affecte la fiabilité des

had not observed the accused himself because he had been busy preparing the breathalyzer. Another police officer, Constable Cousineau, did so instead. However, Constable Boissonneault could not confirm that his colleague had observed the accused continuously during the 20-minute period preceding the breathalyzer test. In addition, there was a certain amount of time during which Constable Cousineau was unable to determine whether Mr. Cyr-Langlois burped, since Mr. Cyr-Langlois was alone in a sound-proof room exercising his right to counsel. Constable Boissonneault does not appear to have been concerned about this, even though he acknowledged that, as the qualified technician, he was responsible for ensuring that no physiological reactions occurred before he took the breath samples. As a result, the trial judge could certainly find that the qualified technician's testimony was sufficient to raise a reasonable doubt about compliance with the prescribed observation period.

[49] Ultimately, it was open to the trial judge to find that Mr. Cyr-Langlois had adduced evidence tending to show improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results, and not "simply to show that a deficiency is possible". In my opinion, this is neither "conjecture" nor "speculation" (majority reasons, at para. 16), since, according to the evidence adduced, the qualified technician administered the tests without faithfully following the prescribed procedure and without ensuring, as he was required to do, that the accused did not have any physiological reaction that could distort the results. The trial judge could therefore have a reasonable doubt about their reliability.

[50] At that point, the accused had discharged his burden under s. 258(1)(c) *Cr. C.* and did not have to adduce any other evidence. As Hogue J.A. of the Quebec Court of Appeal aptly wrote:

[TRANSLATION] In the absence of additional evidence allowing him to conclude that the possibility of the invalid result to which Officer Boissonneault referred could be ruled out, the first instance judge was entitled not to extend the benefit of the presumptions to the prosecution. He did not have to require anything further from the accused. [para. 50]

résultats. Le technicien qualifié a affirmé qu'il n'avait pas lui-même observé le prévenu parce qu'il était occupé à préparer l'alcootest. C'est plutôt un autre policier, l'agent Cousineau, qui s'en serait chargé. Cependant, l'agent Boissonneault n'a pu confirmer que son collègue avait observé le prévenu de manière constante pendant la période de 20 minutes ayant précédé l'alcootest. De plus, pendant un certain laps de temps, l'agent Cousineau ne pouvait déterminer si M. Cyr-Langlois éruçait puisque ce dernier se trouvait seul dans une salle insonorisée pour exercer son droit à l'avocat. L'agent Boissonneault ne semble pas s'en être préoccupé même s'il a reconnu avoir la responsabilité, à titre de technicien qualifié, de s'assurer de l'absence de réactions physiologiques avant de procéder aux prélèvements d'haleine. De ce fait, le juge du procès pouvait certainement estimer que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour soulever un doute raisonnable quant au respect de la période d'observation prescrite.

[49] En définitive, il était loisible au juge du procès de conclure que M. Cyr-Langlois avait présenté une preuve tendant à démontrer une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats, et non une « simple possibilité de défaillance ». À mon avis, il ne s'agit ni de « suppositions » ni d'« hypothèses » (motifs majoritaires, par. 16), puisque, selon la preuve présentée, le technicien qualifié a procédé aux analyses sans avoir suivi fidèlement la procédure prescrite et sans s'être assuré, comme il le devait, que le prévenu n'avait eu aucune réaction physiologique susceptible de fausser les résultats. Le juge du procès pouvait donc entretenir un doute raisonnable sur leur fiabilité.

[50] À ce moment, l'accusé avait satisfait au fardeau qui lui incombe en vertu de l'al. 258(1)c) *C. cr.* et n'avait aucune autre preuve à présenter. Comme l'a écrit avec justesse la juge Hogue de la Cour d'appel du Québec :

À défaut d'une preuve supplémentaire permettant de conclure que la possibilité d'un résultat inexact auquel réfère l'agent Boissonneault doit être écartée, le juge d'instance pouvait priver le ministère public du bénéfice des présomptions. Il n'avait pas à exiger plus de la part de l'accusé. [par. 50]

[51] In fact, it would be contrary to the right to remain silent and the right to be presumed innocent to require an accused to testify about his or her alcohol consumption and physiological reactions when the accused has *already* adduced evidence tending to show improper operation of the breathalyzer that could affect the reliability of the results. With respect, the majority's approach shifts the obligation to the accused to observe himself or herself, make note of every physiological reaction and then testify about this, failing which the improper operation of the breathalyzer will be presumed to be of no consequence. I highly doubt that this could be a justified infringement of the accused's rights. It is the state's responsibility, not that of the accused, to ensure compliance with the requisite conditions for obtaining accurate results.

[52] The majority suggests that the relative consistency of the two test results — among other evidence — tends to show that failure to comply with the observation period had no impact in this case, and thus tends to confirm the reliability of the results (majority reasons, at para. 15). Even on the assumption that this is true, the onus was on the Crown to prove it, for example by having the qualified technician or an expert testify on this point. The Crown did not do so, however, and it must accept the consequences. The application of the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* was no longer justified, and the presumptions therefore had to be discarded. In the absence of any other evidence showing that Mr. Cyr-Langlois was guilty, the trial judge had no choice but to acquit him.

C. The Court Should Not Order a New Trial Based on Arguments Made for the First Time on Appeal

[53] In closing, I would add that, even if I agreed with the Crown's position that the accused had to introduce the qualified technician's training manual in evidence and to testify about his alcohol consumption and physiological reactions, I would hesitate to order a new trial in this case. As pointed out by an intervenor, the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, the position taken by the

[51] De fait, il serait contraire au droit de garder le silence et à la présomption d'innocence d'exiger que l'accusé témoigne au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques, alors qu'il a *déjà* présenté une preuve tendant à démontrer une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter la fiabilité des résultats. Avec égards, l'approche de la majorité transfère au prévenu l'obligation de s'observer lui-même et de noter ses moindres réactions physiologiques, puis de témoigner à ce sujet, à défaut de quoi l'utilisation incorrecte de l'alcootest est présumée sans conséquence. Je doute fortement qu'il puisse s'agir d'une atteinte justifiée aux droits de l'accusé. C'est la responsabilité de l'État, et non celle du prévenu, de s'assurer que les conditions requises pour obtenir des résultats exacts sont respectées.

[52] La majorité suggère que la relative cohérence entre les résultats des deux tests — entre autres éléments au dossier — tend à démontrer que le non-respect de la période d'observation n'a eu aucune incidence en l'espèce et donc à confirmer la fiabilité des résultats (motifs majoritaires, par. 15). À supposer même que ce soit le cas, il appartenait au ministère public de le prouver, par exemple en faisant témoigner le technicien qualifié ou un expert à ce sujet. Or, cette preuve n'a pas été faite et le ministère public doit en assumer les conséquences. L'application des présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* n'était plus justifiée et celles-ci devaient par le fait même être écartées. En l'absence de toute autre preuve démontrant la culpabilité de M. Cyr-Langlois, le juge du procès n'avait d'autre choix que de prononcer l'acquittement.

C. La Cour ne devrait pas ordonner un nouveau procès sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel

[53] En terminant, j'ajouterais que, même si j'étais en accord avec la thèse du ministère public selon laquelle l'accusé devait mettre en preuve le manuel de formation du technicien qualifié et témoigner sur sa consommation d'alcool et ses réactions physiologiques, j'hésiterais à ordonner un nouveau procès en l'espèce. Comme l'a fait remarquer l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de

prosecution on appeal is clearly different from the one it took at trial.

[54] The Crown prosecutor never argued before the trial judge that the qualified technician's testimony could not be sufficient *in law* to counter the presumptions in s. 258(1)(c) *Cr. C.* He did not submit that it was necessary to introduce evidence of the recommended procedures by filing the relevant training or instruction manuals (in fact, he seemed to object to the filing of those manuals). Most importantly, he did not argue that the accused had to testify about his alcohol consumption and physiological reactions (such as burping) because otherwise there could be no reasonable doubt about the reliability of the results. Rather, the prosecutor's position was that Constables Boissonneault and Cousineau had observed the accused for a period of time that was sufficient in the circumstances.

[55] To order a new trial would therefore be to give the Crown a second chance to have Mr. Cyr-Langlois convicted, on the basis of arguments that were made for the first time on appeal. In my view, such a result would be contrary to the double jeopardy principle (see, for example, *R. v. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484 (Ont. C.A.), at p. 494; *R. v. Knight*, 2015 ABCA 24, at para. 22 (CanLII); *R. v. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508, at paras. 30-35; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 895-96; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.); *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, at paras. 34 and 58-61; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350, at pp. 353-56).

IV. Conclusion

[56] In summary, the trial judge made no reviewable error in finding that Mr. Cyr-Langlois had raised a reasonable doubt about improper operation of the breathalyzer that could affect the results and that the presumptions of accuracy and identity in s. 258(1)(c) *Cr. C.* had therefore been countered. I agree with Hogue J.A. that the trial judge [TRANSLATION] "did not have to require anything further from the accused" (para. 50; see also the reasons of Chamberland J.A., at paras. 60-61).

la défense, la position de la poursuite en appel diffère manifestement de celle adoptée lors du procès.

[54] Devant le juge du procès, le procureur du ministère public n'a jamais prétendu que le témoignage du technicien qualifié ne pouvait suffire, *en droit*, à repousser les présomptions prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* Il n'a pas plaidé que les procédures recommandées devaient être mises en preuve par la production des manuels de formation ou d'instruction pertinents (en fait, il semblait s'objecter à leur production). Mais surtout, il n'a pas soutenu que l'accusé se devait de témoigner au sujet de sa consommation d'alcool et de ses réactions physiologiques (telle qu'une éructation), sans quoi aucun doute raisonnable ne pouvait être soulevé quant à la fiabilité des résultats. La position du procureur était plutôt que les policiers Boissonneault et Cousineau avaient effectué une période d'observation suffisante dans les circonstances.

[55] En conséquence, ordonner la tenue d'un nouveau procès reviendrait à donner une deuxième chance au ministère public de faire déclarer M. Cyr-Langlois coupable, et ce, sur la base d'arguments présentés pour la première fois en appel. Selon moi, un tel résultat heurterait le principe de la protection contre le double péril (voir notamment *R. c. Varga* (1994), 90 C.C.C. (3d) 484 (C.A. Ont.), p. 494; *R. c. Knight*, 2015 ABCA 24, par. 22 (CanLII); *R. c. Suarez-Noa*, 2017 ONCA 627, 139 O.R. (3d) 508, par. 30-35; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 895-896; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036 (C.A. Qc); *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, par. 34 et 58-61; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350, p. 353-356).

IV. Conclusion

[56] En résumé, le juge du procès n'a commis aucune erreur révisable en concluant que M. Cyr-Langlois avait soulevé un doute raisonnable quant à une utilisation incorrecte de l'alcootest susceptible d'affecter les résultats, et que les présomptions d'exactitude et d'identité prévues à l'al. 258(1)c) *C. cr.* étaient par conséquent repoussées. Je suis d'accord avec la juge Hogue pour dire que le juge du procès « n'avait pas à exiger plus de la part de l'accusé » (par. 50; voir aussi les motifs du juge Chamberland, par. 60-61).

[57] In my view, the majority's approach unduly limits the defences based on improper operation of a breathalyzer that in fact make it possible to justify the evidentiary scheme applicable to offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit under s. 1 of the *Charter*.

[58] Finally, the majority's reasons are essentially based on arguments that the Crown made for the first time on appeal. It would be all the more inappropriate, in the circumstances, to order a new trial.

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

Appeal allowed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitors for the respondent: BMD, Laval.

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

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Marcoux et associés, Longueuil.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Frederick S. Fedorsen Professional Corporation, Toronto; Jonathan M. Rosenthal, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

[57] À mon avis, l'approche de la majorité restreint indûment les moyens de défense fondés sur l'utilisation incorrecte de l'alcootest, qui permettent pourtant de justifier, au regard de l'article premier de la *Charte*, le régime de preuve applicable aux infractions liées à la conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise.

[58] Enfin, les motifs de la majorité reposent essentiellement sur des arguments que le ministère public a fait valoir pour la première fois en appel. Il serait d'autant plus inapproprié, dans les circonstances, d'ordonner un nouveau procès.

[59] Pour tous ces motifs, je rejetterais l'appel.

Pourvoi accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureurs de l'intimé : BMD, Laval.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Marcoux et associés, Longueuil.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Frederick S. Fedorsen Professional Corporation, Toronto; Jonathan M. Rosenthal, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca