Court File No. T-1492-17

FEDERAL COURT

BETWEEN:

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION

Applicant

- and -

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondent

CERTIFIED TRIBUNAL RECORD

Volume IX

TAB

4

F.H. *Appellant*

v.

Ian Hugh McDougall *Respondent*

- and -

F.H. *Appellant*

v.

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

- and -

F.H. *Appellant*

v.

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

INDEXED AS: F.H. *v.* MCDOUGALL

Neutral citation: 2008 SCC 53.

File No.: 32085.

2008: May 15; 2008: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

F.H. *Appelant*

c.

Ian Hugh McDougall *Intimé*

- et -

F.H. *Appelant*

c.

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

- et -

F.H. *Appelant*

c.

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

RÉPERTORIÉ : F.H. *c.* MCDOUGALL

Référence neutre : 2008 CSC 53.

N° du greffe : 32085.

2008 : 15 mai; 2008 : 2 octobre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

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

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

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

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

Jurisprudence

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

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

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

Bronson Toy, for the respondent Ian Hugh McDougall.

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

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

The judgment of the Court was delivered by

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

I. Facts

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

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

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

Bronson Toy, pour l'intimé Ian Hugh McDougall.

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

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

I. Faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[6] F.H. commenced his action against the respondents on December 7, 2000, approximately 31 years after the alleged sexual assaults. In British Columbia there is no limitation period applicable to a cause of action based on sexual assault and the action may be brought at any time (see *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3(4)(1)).

II. Judgments Below

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

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

(1) Was either plaintiff physically or sexually abused while he attended the school?

(2) If the plaintiff was abused

(a) by whom was he abused?

(b) when did the abuse occur? and

(c) what are the particulars of the abuse?

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

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

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

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

[6] F.H. a intenté son action contre les intimés le 7 décembre 2000, soit environ 31 ans après les agressions sexuelles alléguées. En Colombie-Britannique, aucun délai de prescription ne s'applique à la poursuite pour agression sexuelle, et celle-ci peut être intentée à tout moment (voir la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, al. 3(4)(1)).

II. Les décisions des juridictions inférieures

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

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

[TRADUCTION]

(1) L'un ou l'autre des demandeurs a-t-il été agressé physiquement ou sexuellement alors qu'il était pensionnaire?

(2) Dans l'affirmative,

a) qui l'a agressé,

b) à quel moment et

c) dans quelles circonstances?

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

AGC0605

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Reasons of Rowles J.A.

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

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

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

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

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

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

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

(1) Motifs de la juge Rowles

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

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

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

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

(2) Concurring Reasons of Southin J.A.

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

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

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

(3) Dissenting Reasons of Ryan J.A.

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

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

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

(2) Motifs concordants de la juge Southin

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

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

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

(3) Motifs dissidents de la juge Ryan

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

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

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

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

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

III. Analysis

A. *The Standard of Proof*

(1) Canadian Jurisprudence

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

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

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

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

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

III. Analyse

A. *La norme de preuve*

(1) La jurisprudence canadienne

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

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

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

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

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

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

> The court is justified in imposing a higher degree of probability which is "commensurate with the occasion": . . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Where there is an allegation of conduct that is morally blameworthy or that could have a criminal or penal aspect and the allegation is made in civil litigation, the relevant burden of proof remains proof on a balance of probabilities. . . .
>
> . . . There is necessarily a matter of judgment involved in weighing evidence that goes to the burden of proof, and a trial judge is justified in scrutinizing evidence with greater care if there are serious allegations to be established by the proof that is offered. . . .
>
> I do not regard such an approach (the *Bater* approach) as a departure from a standard of proof based on a balance of probabilities nor as supporting a shifting standard. The question in all civil cases is what evidence with what weight that is accorded to it will move the court to conclude that proof on a balance of probabilities has been established.

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

(2) Recent United Kingdom Jurisprudence

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

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

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

> Chaque fois qu'il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l'allégation se présente dans le cadre d'un litige civil, le fardeau de la preuve qui s'applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités. . .
>
> . . . l'appréciation des éléments de preuve se rapportant au fardeau de la preuve implique nécessairement une question de jugement, et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si la preuve offerte doit établir des allégations sérieuses. . .
>
> Je n'estime pas que ce point de vue [celui de l'arrêt *Bater*] s'écarte du principe d'une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités ni qu'il appuie une norme variable. La question dans toutes les affaires civiles est de savoir quelle preuve il faut apporter et quel poids lui accorder pour que la cour conclue qu'on a fait la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

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

(2) La jurisprudence britannique récente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

My Lords, for that reason I would go further and announce loud and clear that the standard of proof in finding the facts necessary to establish the threshold under section 31(2) or the welfare considerations in section 1 of the 1989 Act is the simple balance of probabilities, neither more nor less. Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies.

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

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

(3) Summary of Various Approaches

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

(1) The criminal standard of proof applies in civil cases depending upon the seriousness of the allegation;

(2) An intermediate standard of proof between the civil standard and the criminal standard commensurate with the occasion applies to civil cases;

(3) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the evidence must be scrutinized with greater care where the allegation is serious;

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

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

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

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

(3) Résumé des différentes approches

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

(1) La norme de preuve pénale s'applique selon la gravité de l'allégation.

(2) Une norme de preuve intermédiaire se situant entre la civile et la pénale, proportionnée aux circonstances, s'applique.

(3) Lorsque l'allégation est grave, la norme de preuve n'est pas plus stricte, mais la preuve doit faire l'objet d'un examen plus attentif.

(4) No heightened standard of proof applies in civil cases, but evidence must be clear, convincing and cogent; and

(5) No heightened standard of proof applies in civil cases, but the more improbable the event, the stronger the evidence is needed to meet the balance of probabilities test.

(4) The Approach Canadian Courts Should Now Adopt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) Conclusion on Standard of Proof

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) Conclusion sur la norme de preuve

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

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

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

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

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

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

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

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

> Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out.
>
> (*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, *per* McLachlin J. (as she then was))

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

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

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

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

> Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours.
>
> (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef))

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. *Palpable and Overriding Error*

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

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

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

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

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

D. *Erreur manifeste et dominante*

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

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

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

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

E. *Corroboration*

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

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

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

E. *Corroboration*

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

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

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

At para. 79 she stated:

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

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

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

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

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

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

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

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

Elle ajoute (par. 79) :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

AGC0605

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) To justify and explain the result;

(2) To tell the losing party why he or she lost;

(3) To provide for informed consideration of the grounds of appeal; and

(4) To satisfy the public that justice has been done.

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

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

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

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

(1) justifier et expliquer le résultat;

(2) indiquer à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu;

(3) permettre un examen éclairé des moyens d'appel;

(4) convaincre le public que justice a été rendue.

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

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

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

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

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

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

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

IV. Conclusion

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

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Donovan & Company, Vancouver.

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

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

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

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

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

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

IV. Conclusion

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

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

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

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

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

TAB

5

The Commissioner of Official Languages *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Robert Lavigne *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

The Privacy Commissioner of Canada *Intervener*

Le Commissaire aux langues officielles *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Robert Lavigne *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada *Intervenant*

2002 SCC 53 (CanLII)

INDEXED AS: LAVIGNE v. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES)

Neutral citation: 2002 SCC 53.

File No.: 28188.

2002: January 17; 2002: June 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Privacy — Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

RÉPERTORIÉ : LAVIGNE c. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES)

Référence neutre : 2002 CSC 53.

N° du greffe : 28188.

2002 : 17 janvier; 2002 : 20 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), art. 60, 72, 73.

AGC0606

Official languages — Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner's right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

The respondent, a federal public servant, filed complaints with the Commissioner of Official Languages ("COL") alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. In conducting their investigation the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages ("OCOL") encountered problems because certain employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. The investigators gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits prescribed by the *Official Languages Act* ("OLA"). The investigation report concluded that the complaints were well founded and submitted recommendations to the Department concerned, which agreed to implement them.

While those proceedings were going on, the respondent made a request to the COL, under s. 12 of the *Privacy Act* ("PA"), for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made. A copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(*b*) PA. That provision gives the COL the power to refuse access to information requested "the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the conduct of lawful investigations". Several other requests by the respondent were refused. He filed a complaint with the Privacy Commissioner ("PC") and following a process of mediation, a number of witnesses who had been questioned agreed to a copy of the personal information contained in the notes of the OCOL investigators being given to the respondent. The PC ruled that the personal information contained in the testimony of the other people questioned, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(*b*) PA. The respondent then brought an application for judicial review of the COL's decision refusing to disclose the

Langues officielles — Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d'un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), art. 60, 72, 73.

L'intimé, un fonctionnaire fédéral, dépose auprès du Commissaire aux langues officielles (« CLO ») des plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d'emploi et de promotion. Au cours de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles se heurtent à des difficultés puisque, craignant des représailles de la part de l'intimé, certains employés hésitent à fournir des renseignements. Les enquêteurs donnent l'assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites prévues par la *Loi sur les langues officielles* (« LLO »). Le rapport d'enquête conclut au bien-fondé des plaintes et fait des recommandations au ministère visé, lequel convient d'y donner suite.

Parallèlement à ces procédures, l'intimé présente au CLO, en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« LPRP »), une demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées. Une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)*b*) LPRP. Cette disposition confère au CLO le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si « la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire [. . .] au déroulement d'enquêtes licites ». Plusieurs autres demandes de l'intimé sont refusées. Il dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée (« CPVP ») et à la suite d'un processus de médiation, plusieurs témoins interrogés consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. Le CPVP statue que, à défaut du consentement des autres personnes interrogées, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)*b*) LPRP.

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

information requested. The dispute relates to the personal information concerning the respondent as well as non-personal information contained in the interview notes of the OCOL investigators. In the case of the personal information, the respondent's request relates only to the notes of the interview with his supervisor. The Federal Court, Trial Division ordered disclosure of the personal information requested by the respondent. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. The Federal Court of Appeal affirmed that decision. The issue on the main appeal is whether, pursuant to s. 22(1)(*b*) PA, disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the COL. The issue on the cross-appeal is whether the respondent is entitled to information other than personal information.

Held: The main appeal and the cross-appeal should be dismissed.

This case concerns the application of the OLA and the PA in relation to each other. The provisions at issue must therefore be reconciled and read together. Parliament has made it plain that the PA applies to the OCOL. However, the PA, including the power provided in s. 22(1)(*b*), must be applied to the OCOL in a manner consistent with the objective of the OLA of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions and with the unique context in which the COL's investigations, the private and confidential nature of which is important, are conducted. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. If Parliament had not enacted the provisions requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential to protect them, it might have been difficult to achieve the objectives of the OLA. This confidentiality is not absolute, however, given the limits imposed by ss. 72, 73 and 74 OLA and the PA. When a request for disclosure of information is made under the PA, the COL may refuse access to the information requested under s. 22(1)(*b*) PA. That provision allows the exception to disclosure to be used once an investigation is over. Neither the definition of the word "investigation" in s. 22(3) nor the wording of s. 22(1)(*b*) should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway, those that are about to commence or specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that provision. The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(*b*), however,

L'intimé intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du CLO lui refusant la communication des renseignements demandés. La contestation vise les renseignements personnels concernant l'intimé ainsi que les renseignements non personnels contenus dans les notes d'entrevue des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. En ce qui concerne les renseignements personnels, la demande de l'intimé ne porte que sur les notes relatives à l'entrevue de sa superviseure. La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision. Le pourvoi principal vise à déterminer si, aux termes de l'al. 22(1)*b*) LPRP, la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le CLO. Le pourvoi incident soulève la question de savoir si l'intimé a droit aux renseignements autres que personnels.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le litige porte sur l'application de la LLO et de la LPRP en regard l'une de l'autre. Les dispositions en jeu doivent donc être conciliées et lues ensemble. Le législateur a en effet clairement indiqué que la LPRP s'applique au Commissariat aux langues officielles. Cette application, y compris l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)*b*) LPRP, doit se faire cependant dans le respect des objectifs de la LLO de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales, et du contexte particulier des enquêtes du CLO, dont le caractère secret et confidentiel est un élément important. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Si le législateur n'avait pas prévu de dispositions imposant le secret et la confidentialité pour les protéger, les objectifs de la LLO pourraient difficilement être atteints. Cette confidentialité n'est toutefois pas absolue vu les limites imposées par les art. 72, 73 et 74 LLO et la LPRP. Lors d'une demande de communication de renseignements en vertu de la LPRP, le CLO peut refuser l'accès aux renseignements demandés en vertu de l'al. 22(1)*b*) LPRP. Cette disposition permet d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation une fois l'enquête close. Ni la définition du mot « enquête » apparaissant au par. 22(3) ni le libellé de l'al. 22(1)*b*) ne doivent s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours, à celles sur le point de commencer ou encore à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cette disposition. La non-divulgation des renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

is authorized only where disclosure "could reasonably be expected" to be injurious to investigations. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question: there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The COL has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly.

In this case, it cannot reasonably be concluded from the COL's statements that disclosure of the interview notes that are the subject of the judicial review application could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his future investigations. The COL has not established, as required by s. 47 PA, that his discretion was properly exercised. His decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the COL shows instead that his decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that the person interviewed had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to his investigations the latter might cause. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the interview notes on future investigations, an attempt was made to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by the PA and the OLA. The COL must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In this case, the COL has not shown that it is reasonable to maintain confidentiality.

With respect to the cross-appeal, the respondent cannot obtain disclosure of information other than personal information since his request is based on s. 12(1) PA, which provides that only personal information may be disclosed.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140

personnels prévue à l'al. 22(1)*b*) n'est toutefois autorisée que s'il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l'enquête. Il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l'organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d'assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l'intégrité du processus d'enquête. Le CLO a l'obligation d'être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l'application de son pouvoir.

En l'espèce, les affirmations du CLO ne permettent pas raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue visées par le recours en révision judiciaire risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Le CLO n'a pas fait la preuve, comme le prévoit l'art. 47 LPRP, du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Sa décision doit être basée sur des motifs réels et liés au cas précis à l'étude. La preuve déposée par le CLO démontre plutôt que sa décision de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement à la divulgation de la personne interviewée et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer à ses enquêtes. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue sur les enquêtes futures, on a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Or, l'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la LPRP et la LLO. Le CLO doit exercer son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. En l'espèce, le CLO n'a pas démontré qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité.

Quant au pourvoi incident, l'intimé ne peut obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels puisque sa demande est fondée sur le par. 12(1) LPRP qui prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être communiqués.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration*

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

F.T.R. 140; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, Part IV [rep. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3); repl. *idem*, Sch. II].

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), preamble, ss. 2, Part IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, Part X, 77(3), 78, 82.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "personal information", (*g*), 4, 7, 8(1), (2) [am. c. 1 (3rd Supp.), s. 12 (Sch., item 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(*b*), 18 à 28, 22(1)(*b*), (3), 29(1)(*a*), (*b*), (*c*), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, Schedule [am. c. 31 (4th Supp.), s. 101].

Authors Cited

Braën, André. "Language Rights". In Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1987, 1.

Canada. Legislative Committee on Bill C-72. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, pp. 20:25, 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto: Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

et du statut de réfugié), [1997] A.C.F. nº 1812 (QL); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. nº 1135 (QL); *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, partie IV [abr. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3); rempl. *idem*, ann. II].

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », *g*), 4, 7, 8(1), (2) [mod. ch. 1 (3e suppl.), art. 12 (ann., nº 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)*b*), 18 à 28, 22(1)*b*), (3), 29(1)*a*), *b*), *c*), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, annexe [mod. ch. 31 (4e suppl.), art. 101].

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), préambule, art. 2, partie IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, partie X, 77(3), 78, 82.

Doctrine citée

Braën, André. « Les droits linguistiques ». Dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 1.

Canada. Comité législatif sur le projet de loi C-72. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule nº 20, 7 juin 1988, p. 20:25, 20:28 - 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto : Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Ottawa: Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 261 N.R. 19, [2000] F.C.J. No. 1412 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] F.C.J. No. 1527 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Barbara A. McIsaac, Q.C., Johane Tremblay and *Gregory S. Tzemenakis*, for the appellant/respondent on the cross-appeal.

Robert Lavigne, on his own behalf.

Dougald E. Brown and *Steven Welchner*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

1 This case involves the application of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, in relation to each other, and at issue is the right of access to personal information collected in private in an investigation conducted under the *Official Languages Act*. More precisely, we must decide whether disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the Commissioner of Official Languages.

II. Facts

2 The respondent, Robert Lavigne, worked in the Montreal office of the Department of National

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Étude nº 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa : Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 261 N.R. 19, [2000] A.C.F. nº 1412 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] A.C.F. nº 1527 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Barbara A. McIsaac, c.r., Johane Tremblay et *Gregory S. Tzemenakis*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Robert Lavigne, en personne.

Dougald E. Brown et *Steven Welchner*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, en regard l'une de l'autre et vise le droit d'accès aux renseignements personnels recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée sous le régime de la *Loi sur les langues officielles*. Plus précisément, il nous faut décider si la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le Commissaire aux langues officielles.

II. Les faits

L'intimé, Robert Lavigne, travaillait au bureau de Montréal du ministère de la Santé nationale

2002 SCC 53 (CanLII)

Health and Welfare (now the Department of Human Resources Development Canada ("the Department")). Between November 1992 and March 1993 he filed four complaints with the Commissioner of Official Languages ("the Commissioner") alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. The respondent complained that he had been forced to use French.

In the course of their investigation, the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages questioned some 25 employees of the Department, including the respondent, his immediate supervisor and some of his co-workers, as well as managers and other employees. The investigators encountered problems in conducting their investigation because a number of Department employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. In those instances, the investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an ombudsman, and the private nature of the investigations. They gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits of ss. 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*.

After the interviews were conducted, the investigation report concluded that the respondent's four complaints were well founded and made five recommendations to the Department. The Department did not question the Commissioner's findings, and agreed to implement the recommendations.

After the Commissioner's report was submitted, the respondent applied to the Federal Court, Trial Division for a remedy from the Department under Part X of the *Official Languages Act*. The Federal Court, being of the opinion that an application under that Part is a proceeding *de novo*, based its decision on the evidence submitted in affidavit form, and not on the evidence contained in the Commissioner's investigation files. The affidavits included those of France Doyon, Jacqueline Dubé and Normand Chartrand. The respondent had an opportunity to cross-examine the Department's witnesses, including those three individuals, but did not do so. On October 30, 1996, the Federal Court (whose

et du Bien-être social (à présent le ministère du Développement des ressources humaines Canada (« le ministère »)). Entre novembre 1992 et mars 1993, il a déposé auprès du Commissaire aux langues officielles (« le commissaire ») quatre plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d'emploi et de promotion. L'intimé se plaignait d'être forcé d'utiliser le français.

3 Dans le cadre de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles interrogent quelque 25 employés du ministère, y compris l'intimé, sa superviseure immédiate et quelques-uns de ses collègues de travail ainsi que des gestionnaires et d'autres employés. Les enquêteurs se heurtent à des difficultés au cours de leur enquête, parce qu'un certain nombre d'employés du ministère sont réticents à fournir des renseignements, craignant des représailles de la part de l'intimé. Les enquêteurs expliquent alors le rôle et la mission du commissaire à titre d'ombudsman et le caractère secret des enquêtes. Ils donnent l'assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites des art. 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*.

4 À la suite des entrevues, le rapport d'enquête conclut au bien-fondé des quatre plaintes de l'intimé et fait cinq recommandations au ministère. Celui-ci ne met pas en doute les conclusions du commissaire et convient d'y donner suite.

5 À la suite du rapport du commissaire, l'intimé s'adresse à la Section de première instance de la Cour fédérale pour obtenir réparation du ministère en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*. Considérant qu'une demande en vertu de cette partie est une procédure *de novo*, la Cour fédérale fonde sa décision sur la preuve par affidavits et non sur la preuve contenue dans les dossiers d'enquête du commissaire. Parmi les affidavits se trouvent ceux de France Doyon, Jacqueline Dubé et Normand Chartrand. L'intimé avait la possibilité de contre-interroger les témoins du ministère, y compris ces trois personnes, mais ne s'en est pas prévalu. Le 30 octobre 1996, la Cour fédérale (dont

2002 SCC 53 (CanLII)

decision was affirmed on appeal (1998), 228 N.R. 124) ordered the Department to pay the respondent $3,000 in damages and to write him a letter of apology: [1997] 1 F.C. 305.

6 On July 7, 1993, while those proceedings were going on, the respondent made an initial request to the Commissioner for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made to him. On September 10, 1993, a copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*, *inter alia*. Several additional requests for information were subsequently submitted to the Commissioner, but they were denied.

7 In September 1994, the respondent filed a complaint with the Privacy Commissioner, who launched an investigation in the course of which he attempted to settle the respondent's complaints by mediation. Through this process, a number of witnesses who had been questioned by the Commissioner's representatives agreed to a copy of the personal information contained in the investigators' notes being given to the respondent. However, the testimony of 10 other individuals was not covered by the settlement agreement, either because they could not be located or because they had denied or not responded to the request. On April 25, 1997, the Privacy Commissioner ruled that the personal information contained in the testimony of those 10 people, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*.

8 Following the proceedings before the Privacy Commissioner, the Commissioner again refused to disclose certain personal information to the respondent. The respondent then brought an application for judicial review of the Commissioner's decision. The documents originally in issue in his application to the Federal Court are the complete notes taken by the investigators in the Office of

la décision a été confirmée par la suite en appel (1998), 228 N.R. 124) a ordonné au ministère de verser à l'intimé le montant de 3 000 $ à titre de dommages-intérêts et de lui écrire une lettre d'excuse : [1997] 1 C.F. 305.

Parallèlement à ces procédures, le 7 juillet 1993, l'intimé présente au commissaire une première demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès de celui-ci. Le 10 septembre 1993, une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Plusieurs autres demandes de renseignements sont présentées au commissaire par la suite, mais sont refusées.

En septembre 1994, l'intimé dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et celui-ci ouvre une enquête au cours de laquelle il tente de régler les plaintes de l'intimé par la médiation. Par la suite, plusieurs témoins interrogés par les représentants du commissaire consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs. Toutefois, les témoignages de 10 autres personnes demeurent exclus de cette entente à l'amiable soit parce qu'elles n'ont pu être retrouvées, soit parce qu'elles ont refusé ou n'ont pas répondu à la demande. Le 25 avril 1997, le Commissaire à la protection de la vie privée statue que, à défaut du consentement de ces 10 personnes, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

À la suite de ces procédures devant le Commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire maintient son refus de communiquer certains renseignements personnels à l'intimé. Celui-ci intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du commissaire. Les documents visés à l'origine dans son recours devant la Cour fédérale sont les notes complètes des enquêteurs du

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

the Commissioner of Official Languages during the interviews held with the following people: the district manager of the Montreal office, Normand Chartrand; the respondent's immediate supervisor, Jacqueline Dubé; and the regional coordinator of official languages, France Doyon. Normand Chartrand and France Doyon subsequently agreed to disclosure by the Commissioner of the personal information concerning the respondent in the notes of their interviews. The dispute therefore relates to the personal information contained in the notes of the interview with Ms. Dubé and the notes relating to these three individuals that do not contain any personal information about the respondent.

Commissariat aux langues officielles prises au cours des entrevues menées auprès des personnes suivantes : le directeur de district du bureau de Montréal, Normand Chartrand, la superviseure immédiate de l'intimé, Jacqueline Dubé, et la coordinatrice régionale des langues officielles, France Doyon. Normand Chartrand et France Doyon ont par la suite consenti à la divulgation par le commissaire des renseignements personnels concernant l'intimé qui se trouvent dans les notes de leurs entrevues. La contestation porte donc sur les renseignements personnels contenus dans les notes d'entrevue avec M^me^ Dubé ainsi que les notes se rapportant à ces trois personnes mais ne renfermant aucun renseignement personnel sur l'intimé.

2002 SCC 53 (CanLII)

The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal set aside the Commissioner's decision in part and ordered disclosure of the personal information requested. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. It is those decisions that are the subject of these appeals. 9

La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont infirmé en partie la décision du commissaire et ordonné la divulgation des renseignements personnels demandés. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. Ces décisions font l'objet du présent pourvoi.

In the main appeal, the appellant is seeking to have the decision of the Federal Court of Appeal ordering him to disclose the personal information he holds set aside. In the cross-appeal, the respondent is seeking to have all of the relevant information (whether or not it is personal information) disclosed by the Commissioner. 10

Dans l'appel principal, l'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel fédérale lui ordonnant de divulguer des renseignements personnels qu'il détient. Dans l'appel incident, l'intimé demande que le commissaire divulgue l'ensemble des informations pertinentes (qu'il s'agisse de renseignements personnels ou non).

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives pertinentes

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21 11

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing.

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

. . .

. . .

(*g*) the views or opinions of another individual about the individual.

. . .

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(*a*) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(*b*) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

. . .

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . .

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(*b*) or (*c*) or 24(*a*), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)*b*) ou *c*) ou 24*a*), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

2002 SCC 53 (Can LII)

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

(2) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any federal institution, the Commissioner shall, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or institution a full and ample opportunity to answer any adverse allegation or criticism, and to be assisted or represented by counsel for that purpose.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

73. The Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(*a*) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to carry out an investigation under this Act; or

(*b*) in the course of proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.)

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

(2) Le commissaire n'est pas obligé de tenir d'audience, et nul n'est en droit d'exiger d'être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l'enquête, il estime qu'il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à une institution fédérale, il prend, avant de clore l'enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet et, à cette fin, de se faire représenter par un avocat.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi.

73. Le commissaire peut communiquer ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à communiquer :

a) les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes;

b) des renseignements, soit lors d'un recours formé devant la Cour fédérale aux termes de la partie X, soit lors de l'appel de la décision rendue en l'occurrence.

AGC0606

74. The Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

IV. Decisions of the Lower Courts

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 157 F.T.R. 15

12 Dubé J. allowed the application for judicial review of the Commissioner's decision. Section 2 of the *Privacy Act* provides, *inter alia*, that the purpose of the Act is to extend the present laws of Canada that provide individuals with a right of access to personal information about themselves. Consequently, in the opinion of Dubé J., disclosure is the rule and withholding is the exception. Section 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* is an exception to the general rule and accordingly must be narrowly construed. It provides a limited exemption relating solely to investigations that are underway or about to begin, and not future investigations. Being of the view that the investigation was over, Dubé J. concluded that s. 22(1)(*b*) did not apply.

13 In addition, Dubé J. concluded that the Commissioner had not established that the disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to the conduct of its investigations (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140 F.T.R. 140). Promises of confidentiality are not essential because the Commissioner has the power to issue *subpoenas*.

14 Under s. 49 of the *Privacy Act*, Dubé J. ordered the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent. However, the *Privacy Act* does not entitle the respondent to require the disclosure of information other than "personal information".

74. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance au cours d'une enquête, dans l'exercice de leurs attributions, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom ou sous son autorité ont qualité pour témoigner, mais ne peuvent y être contraints que lors des circonstances visées à l'alinéa 73*b*).

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale* (1998), 157 F.T.R. 15

Le juge Dubé accueille la demande de révision judiciaire de la décision du commissaire. L'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit, entre autres, que cette loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent. Par conséquent, selon le juge de la Cour fédérale, la divulgation est la règle et la rétention est l'exception. L'alinéa 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue une exception à la règle générale et doit, par conséquent, être interprété restrictivement. Il énonce une exclusion restreinte qui concerne seulement des enquêtes en cours ou sur le point de commencer et non des enquêtes futures. Considérant que l'enquête est close, le juge Dubé conclut que l'al. 22(1)*b*) ne s'applique pas.

De plus, le juge Dubé conclut que le commissaire n'a pas réussi à établir que la communication des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. nº 1812 (QL) (1re inst.)). Les promesses de confidentialité ne sont pas nécessaires, car le commissaire a le pouvoir de décerner des citations à comparaître.

En vertu de l'art. 49 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le juge Dubé ordonne à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé. Toutefois, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne confère aucun droit à l'intimé d'exiger la divulgation d'informations autres que les « renseignements personnels ».

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 261 N.R. 19

Sharlow J.A., on behalf of the court, affirmed the decision of Dubé J. and dismissed the appeal. The Federal Court of Appeal was also of the opinion that s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* does not apply to protect the information that the Commissioner collected in the course of an investigation, once the investigation has concluded (*Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*).

Sharlow J.A. also rejected the appellant's argument that Dubé J. had failed to consider whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada, within the meaning of s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*. In the opinion of Sharlow J.A., the evidence in the record was not capable of supporting such a conclusion. It established, at most, the possibility that witnesses may be reluctant to cooperate in an investigation unless they have an absolute assurance of secrecy. Sharlow J.A. upheld Dubé J.'s decision ordering the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent.

The Federal Court of Appeal also dismissed the cross-appeal on the ground that a request under the *Privacy Act* may be made only to obtain personal information.

V. Issues

A. *Main Appeal*

1. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the Commissioner may not rely on s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* to refuse to disclose personal information that was collected in the course of an investigation conducted under the *Official Languages Act*, when the Commissioner's investigation has concluded?

B. *Cour d'appel fédérale* (2000), 261 N.R. 19

15 Le juge Sharlow, au nom de la cour, confirme la décision du juge Dubé et rejette l'appel. La Cour d'appel fédérale est aussi d'avis que l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas de façon à protéger les renseignements que le commissaire recueille au cours d'une enquête, une fois que celle-ci est terminée (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité).

16 Par ailleurs, le juge Sharlow rejette l'argument de l'appelant selon lequel le juge Dubé a omis d'évaluer si la divulgation risquait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales, d'après l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon le juge Sharlow, la preuve au dossier ne peut étayer pareille conclusion. Elle démontre, tout au plus, que certains témoins seront réticents à collaborer à l'enquête sans une assurance absolue de confidentialité. Le juge Sharlow confirme la décision du juge Dubé ordonnant à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé.

17 La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel incident au motif qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est possible que pour obtenir des renseignements personnels.

V. Questions en litige

A. *Pourvoi principal*

18 1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le commissaire ne peut invoquer l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour refuser de communiquer des renseignements personnels qui ont été recueillis au cours d'une enquête menée en application de la *Loi sur les langues officielles*, lorsque l'enquête du commissaire est terminée?

2002 SCC 53 (CanLII)

2. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that there were no reasonable grounds for the Commissioner's refusal?

B. *Cross-Appeal*

19 Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the respondent was not entitled to information other than personal information?

VI. Analysis

A. *Applicable Legislation*

20 The issue in this case is the application of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* in relation to each other. What we must first do is to ascertain the purpose and scope of the two Acts, and analyse the respective roles of the two Commissioners. It will then be possible, having regard to those general principles, to consider the statutory provisions on which the parties rely.

21 The *Official Languages Act* is a significant legislative response to the obligation imposed by the Constitution of Canada in respect of bilingualism in Canada. The preamble to the Act refers expressly to the duties set out in the Constitution. It cites the equality of status of English and French as to their use in the institutions of the Parliament and government of Canada and the guarantee of full and equal access in both languages to Parliament and to the laws of Canada and the courts. In addition, the preamble states that the Constitution provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with and receive services from any institution of the Parliament or government of Canada in English and French. The fact that the *Official Languages Act* is a legislative measure taken in order to fulfil the constitutional duty in respect of bilingualism is not in doubt.

22 Section 2 of the *Official Languages Act* sets out the purpose of the Act:

> **2.** The purpose of this Act is to
>
> (*a*) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all fed-

2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le refus du commissaire n'était pas fondé sur des motifs raisonnables?

B. *Pourvoi incident*

La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que l'intimé n'a pas droit aux renseignements autres que personnels?

VI. Analyse

A. *Les lois applicables*

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en regard l'une de l'autre. Dans un premier temps, on doit en cerner l'objet et la portée et analyser le rôle respectif des deux commissaires. C'est à la lumière de ces principes généraux qu'il sera possible, par la suite, de traiter des dispositions invoquées par les parties.

La *Loi sur les langues officielles* est une réponse législative importante à l'obligation imposée par la Constitution canadienne en matière de bilinguisme au Canada. Son préambule fait expressément référence aux obligations linguistiques prévues par la Constitution. Il rappelle le statut d'égalité quant à l'usage du français et de l'anglais dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada de même que l'universalité d'accès dans ces deux langues au Parlement et à ses lois ainsi qu'aux tribunaux. De plus, le préambule mentionne que la Constitution offre des garanties quant au droit du public d'utiliser le français et l'anglais dans leurs communications avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Il ne fait donc aucun doute que la *Loi sur les langues officielles* est une mesure législative prise dans le but de répondre à l'obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme.

L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* en énonce la mission :

> **2.** La présente loi a pour objet :
>
> *a*) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans

2002 SCC 53 (Can.LII)

AGC0606

eral institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(*b*) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(*c*) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

Those objectives are extremely important, in that the promotion of both official languages is essential to Canada's development. As this Court said in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The *Official Languages Act* is more than just a statement of principles. It imposes practical requirements on federal institutions, as Bastarache J. wrote in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24:

The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe*, *supra*, at p. 365. It also means that

les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

Ces objectifs sont fort importants, car la promotion des deux langues officielles est essentielle au bon développement du Canada. Comme le disait notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744 :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

La *Loi sur les langues officielles* va au-delà d'un énoncé de principes. Elle impose des exigences pratiques aux institutions fédérales, comme le mentionne le juge Bastarache dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24 :

L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. [Emphasis added.]

23 The importance of these objectives and of the constitutional values embodied in the *Official Languages Act* gives the latter a special status in the Canadian legal framework. Its quasi-constitutional status has been recognized by the Canadian courts. For instance, in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at p. 386 (see also *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.), at pp. 602-3), the Federal Court of Appeal said:

> The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it." [Emphasis added.]

The Federal Court was correct to recognize the special status of the *Official Languages Act*. The constitutional roots of that Act, and its crucial role in relation to bilingualism, justify that interpretation.

24 The *Privacy Act* is also fundamental in the Canadian legal system. It has two major objectives. Its aims are, first, to protect personal information held by government institutions, and second, to provide individuals with a right of access to personal information about themselves (s. 2). Obviously, it is the second objective that is in issue in these appeals. Until 1983, the core elements of the legal guarantees of the confidentiality of personal information were set out in Part IV of the *Canadian Human Rights*

la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. [Je souligne.]

L'importance de ces objectifs de même que les valeurs constitutionnelles incarnées par la *Loi sur les langues officielles* confèrent à celle-ci un statut privilégié dans l'ordre juridique canadien. Son statut quasi-constitutionnel est reconnu par les tribunaux canadiens. Ainsi, la Cour d'appel fédérale s'exprimait de la façon suivante dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, p. 386 (voir également *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1re inst.), p. 602-603) :

> La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment « certains objectifs fondamentaux de notre société » et qui doivent être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent. » [Je souligne.]

C'est à juste titre que la Cour fédérale a reconnu le statut privilégié de la *Loi sur les langues officielles*. Les racines constitutionnelles de cette loi de même que son rôle primordial en matière de bilinguisme justifient une telle interprétation.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également une loi fondamentale du système juridique canadien. Elle a deux objectifs importants. Elle vise, premièrement, à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, deuxièmement, à assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent (art. 2). Le présent pourvoi s'intéresse évidemment à l'analyse du deuxième objectif. Jusqu'en 1983, c'était la

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

Act, S.C. 1976-77, c. 33, Part IV of the *Canadian Human Rights Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3)) and replaced by the *Privacy Act* (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II). In view of the quasi-constitutional mission of that Act, the courts have recognized its special nature. In *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at p. 652, Noël J. of the Federal Court, Trial Division wrote:

partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, qui contenait l'essentiel des garanties légales de confidentialité des renseignements personnels. La partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut abrogée (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3)) et remplacée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II). Considérant la vocation quasi-constitutionnelle de cette loi, les tribunaux en ont reconnu le caractère privilégié. C'est ainsi que le juge Noël, de la Section de première instance de la Cour fédérale, s'exprimait dans *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, p. 652 :

The enactment by Parliament of Part IV of the *Canadian Human Rights Act*, later replaced by the *Privacy Act*, illustrated its recognition of the importance of the protection of individual privacy. A purposive approach to the interpretation of the *Privacy Act* is thus justified by the statute's quasi-constitutional legislative roots. [Emphasis added.]

L'adoption, par le Parlement, de la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, remplacée depuis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, montre toute l'importance qu'on accorde à la protection de la vie privée des individus. Compte tenu de cette origine législative quasi constitutionnelle de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est à juste titre qu'on l'interprète en fonction de son objet. [Je souligne.]

The *Privacy Act* is a reminder of the extent to which the protection of privacy is necessary to the preservation of a free and democratic society. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, La Forest J. wrote (although he dissented, he spoke for the entire Court on this point):

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* rappelle à quel point la protection de la vie privée est nécessaire au maintien d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest affirmait (bien qu'il soit dissident, il exprime sur ce point l'opinion de l'ensemble de la Cour) :

The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at pp. 349-50. An expression of an individual's unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one's own thoughts, actions and decisions; see *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per* La Forest J.; see also Joel Feinberg, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?" (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Étant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne, la notion de vie privée repose sur l'autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d'agir et de décider pour lui-même; voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest; voir aussi Joel Feinberg, « Autonomy, Sovereignty, and Privacy : Moral Ideals in the Constitution? » (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

Privacy is also recognized in Canada as worthy of constitutional protection, at least in so far as it is encompassed by the right to be free from unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights*

La vie privée est également reconnue au Canada comme étant digne d'être protégée par la Constitution, du moins dans la mesure où elle est incluse dans le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies

2002 SCC 63 (CanLII)

and Freedoms; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Certain privacy interests may also inhere in the s. 7 right to life, liberty and security of the person; see *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

La Forest J. also did not hesitate in that case to recognize "the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture" (para. 69). La Forest J. added, at para. 61, that the overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy:

> It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

And lastly, L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, wrote on the question of the importance of protecting privacy in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 614:

> The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* "to be secure against unreasonable search or seizure". This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information may be used to those for which it was received. [Emphasis in original.]

The *Official Languages Act* and the *Privacy Act* are closely linked to the values and rights set out in the Constitution, and this explains the quasi-constitutional status that this Court has recognized them as having. However, that status does not operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation, defined by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Certains droits à la vie privée peuvent également être inclus dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l'art. 7; voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

De plus, dans cette même affaire, le juge La Forest n'a pas hésité à reconnaître, « le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique » (par. 69). Le juge La Forest ajoute également, au par. 61, que la loi en matière d'information a pour objet général de favoriser la démocratie :

> Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

Enfin, madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, s'exprimait ainsi à l'égard de l'importance de la protection de la vie privée dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 614 :

> L'importance fondamentale qu'accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l'art. 8 de la *Charte* « contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus. [Souligné dans l'original.]

La *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont étroitement liées aux valeurs et aux droits prévus par la Constitution, ce qui explique leur statut quasi-constitutionnel reconnu par cette Cour. Ce statut n'a toutefois pas pour effet de modifier l'approche traditionnelle d'interprétation des lois, définie par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

2002 SCC 53 (CanLII)

The quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* is one indicator to be considered in interpreting them, but it is not conclusive in itself. The only effect of this Court's use of the expression "quasi-constitutional" to describe these two Acts is to recognize their special purpose.

The *Privacy Act* deals with "personal information", which is defined in s. 3 of the Act. As Jerome A.C.J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at p. 557, s. 3 is "deliberately broad" and "is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". (See also *Dagg*, *supra*, at para. 69.) Section 3 provides, *inter alia*:

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

. . .

(*g*) the views or opinions of another individual about the individual.

To achieve the objectives of the *Privacy Act*, Parliament has created a detailed scheme for collecting, using and disclosing personal information. First, the Act specifies the circumstances in which personal information may be collected by a government institution, and what use the institution may make of it: only personal information that relates directly to an operating program or activity of the government institution that collects it may be collected (s. 4), and it may be used for the purpose for which it was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose, and for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under s. 8(2) (s. 7). As a rule, personal information may never be disclosed to third parties except with the consent of the individual to whom it relates (s.

Le statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un indicateur à considérer dans leur interprétation, mais n'est pas déterminant en soi. L'utilisation par notre Cour de l'expression « quasi-constitutionnel » pour décrire ces deux lois n'a pour effet que de reconnaître leur objet particulier.

Comme son nom l'indique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise les « renseignements personnels » que définit l'art. 3 de cette loi. Comme l'a précisé le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1re inst.), p. 557, l'art. 3 est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus ». (Voir également l'affaire *Dagg*, précitée, par. 69.) L'article 3 prévoit entre autres :

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

. . .

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

Pour réaliser les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a mis en place un régime détaillé de collecte, d'utilisation et de communication des renseignements à caractère personnel. D'abord, la loi précise dans quelles circonstances des renseignements personnels peuvent être recueillis par une institution fédérale et l'usage qu'on peut en faire, soit seuls les renseignements personnels ayant un lien direct avec les programmes ou les activités de l'institution fédérale qui les recueille (art. 4), et ceci pour les fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins, et celles auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du par. 8(2) (art. 7). En principe, les renseignements personnels ne peuvent être communiqués à des tiers,

8(1)) and subject to the exceptions set out in the Act (s. 8(2)).

28 The Act also governs the retention of personal information, which must be stored in personal information banks (s. 10). The Act provides that every individual who is a Canadian citizen or permanent resident has a right to be given access to personal information about the individual held by a government institution (s. 12). It is that section that Mr. Lavigne relies on in requesting access to personal information about him.

29 The Act also sets out the circumstances in which a government institution may or must refuse to disclose personal information to the individual to whom the information relates (ss. 18 to 28). B. McIsaac, R. Shields and K. Klein describe those exceptions as follows in *The Law of Privacy in Canada* (looseleaf), at p. 3-15:

> Sections 18 through 28 of the *Privacy Act* provide for the establishment of exempt banks of personal information and establish various provisions for the exemption of personal information which has been requested. These exempting provisions fall into two major types. First there are exemptions which are based on the classification or type of personal information involved. In these cases, the personal information is subject to exemption from disclosure simply because it falls into the class described in the exempting provision. The other exemptions require that the head of the institution be satisfied that the use of the personal information in question would result in an injury or other consequence which is specified in the exempting section. The reasonable expectation of injury test requires that there be a reasonable expectation of "probable" harm. . . . In most cases, even if the personal information falls within a class which is exempt from disclosure simply because of the nature of the personal information in question, the head of the institution still has a discretion to release the personal information. There are only three situations in which the head of the institution is statutorily obliged to refuse to release personal information [ss. 19, 22(2) and 26].

30 Given that one of the objectives of the *Privacy Act* is to provide individuals with access to personal information about themselves, the courts have

sauf avec le consentement de l'individu qu'ils concernent (par. 8(1)) et sauf exceptions prévues à cette loi (par. 8(2)).

Cette loi réglemente également la conservation des renseignements personnels en prévoyant leur versement dans des fichiers de renseignements personnels (art. 10). La loi prévoit le droit d'accès de tout citoyen canadien et tout résident permanent aux renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale (art. 12). C'est en vertu de cet article que M. Lavigne a demandé l'accès aux renseignements personnels le concernant.

Cette loi prévoit aussi des circonstances où l'institution fédérale peut ou doit refuser la communication de renseignements personnels à l'individu visé par ces renseignements (art. 18 à 28). B. McIsaac, R. Shields et K. Klein décrivent ainsi ces exceptions dans *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-15 :

> [TRADUCTION] Les articles 18 à 28 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoient l'établissement de fichiers de renseignements personnels inconsultables ainsi que différentes dispositions exemptant de communication certains renseignements personnels demandés. Ces dispositions d'exemption entrent dans deux grandes catégories. Premièrement, il y a les exemptions fondées sur la qualification ou le genre des renseignements personnels en cause. Dans ces cas, les renseignements personnels sont exemptés de communication simplement parce qu'ils relèvent de la catégorie décrite dans la disposition d'exemption. Les autres exemptions exigent que le responsable de l'institution soit convaincu que l'utilisation des renseignements personnels en question causerait un préjudice ou entraînerait une autre conséquence précisée dans la disposition portant exception. Le critère de la prévisibilité raisonnable du dommage exige une attente raisonnable de préjudice « probable ». [. . .] Dans la plupart des cas, même si les renseignements personnels relèvent d'une catégorie exemptée de communication simplement en raison de leur nature, le responsable de l'institution a le pouvoir discrétionnaire de les communiquer. Il n'existe que trois cas où la loi interdit au responsable de l'institution de communiquer des renseignements personnels [art. 19, par. 22(2) et art. 26].

30 Étant donné qu'un des objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est d'assurer l'accès des individus aux renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

generally interpreted the exceptions to the right of access narrowly. For instance, in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, Richard J. of the Federal Court, Trial Division said, at paras. 34-35:

> The general preamble as contained in s. 2 of the *Privacy Act*, has the same general effect as s. 2(1) of the *Access to Information Act*. The *Privacy Act* must also be guided by the purposive clause. . . .
>
> The *Privacy Act*'s purpose is to provide access to personal information maintained by government. The rules of interpretation described above also apply in this instance. The necessary exceptions to the access must be strictly construed.

Similarly, in *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296, at p. 299, the Federal Court, Trial Division said:

> It must also be emphasized that since the main purpose of these "access to information" statutes is to codify the right of public access to government information, two things follow: first, such public access ought not be frustrated by the Courts except upon the clearest of grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure, in this case the government.

The *Privacy Act* provides for the appointment of a Commissioner responsible for administering and enforcing the Act. The Privacy Commissioner's duties include:

> – Receiving (and investigating) complaints from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with s. 7 or 8 (s. 29(1)(*a*)), and receiving (and investigating) complaints from individuals who have been refused access to personal information requested under s. 12(1) or who allege that they are

personnels qui les concernent, les tribunaux ont généralement interprété de manière restrictive les exceptions au droit d'accès. C'est ce qu'a affirmé notamment le juge Richard, de la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 34-35 :

> Le préambule que constitue l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a dans l'ensemble le même effet que le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doit, elle aussi, partir de la disposition exposant son objet . . .
>
> La *Loi sur la protection des renseignements personnels* a pour objet de donner accès aux renseignements personnels conservés par le gouvernement. Les règles d'interprétation décrites plus haut s'appliquent en l'occurrence. Les exceptions nécessaires au droit d'accès doivent être interprétées de manière stricte.

31 De même, dans la décision *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. nº 1135 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale soulignait au par. 3 :

> Il convient aussi d'insister sur le fait que, vu que l'objectif essentiel de ces lois sur l'accès à l'information vise à codifier le droit de l'accès du public aux renseignements gouvernementaux, il en résulte que : tout d'abord, l'accès du public ne devrait pas être gêné par les décisions judiciaires, sauf en cas de motifs manifestes, de sorte que le doute devrait jouer en faveur de la divulgation; en second lieu, c'est à la partie qui empêche la divulgation qu'il incombe de justifier ce refus, en l'espèce le gouvernement.

32 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la nomination d'un commissaire chargé de veiller à l'application et au respect de la loi. Le Commissaire à la protection de la vie privée a, entre autres, comme mandat de :

> – Recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux art. 7 ou 8 (al. 29(1)*a*)); de recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui se sont vu refuser la communication de renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

not being accorded the rights to which they are entitled under s. 12(2) (s. 29(1)(*b*) and (*c*));

– Initiating a complaint where the Privacy Commissioner is satisfied there are reasonable grounds to investigate a matter under the *Privacy Act* (s. 29(3));

– Carrying out investigations of the files contained in personal information banks designated as exempt banks under s. 18, to determine whether the files should in fact be in those banks (s. 36);

– Carrying out investigations in respect of compliance with ss. 4 to 8 (collection, retention and protection of personal information) (s. 37).

33 The Privacy Commissioner has broad powers for the purposes of conducting investigations into complaints that are filed. He has access to all information held by a government institution, with the exception of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, and no information to which he has access may be withheld from him (s. 34(2)). He has the right to summon and enforce the appearance of witnesses before him and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as he deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint. In addition, he may administer oaths and receive such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Privacy Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law. The Commissioner may also enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises, converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within the Privacy Commissioner's authority under the *Privacy Act* as he sees fit. Lastly, the Privacy Commissioner may examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in the premises occupied by a government institution containing any matter relevant to the investigation (s. 34(1)).

personnels, demandés en vertu du par. 12(1), ou qui se prétendent lésés des droits que leur accorde le par. 12(2) (al. 29(1)*b*) et *c*)).

– Prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 29(3)).

– Procéder à des enquêtes sur les dossiers versés dans les fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'art. 18 afin de vérifier si les dossiers qui s'y trouvent devraient bel et bien y être (art. 36).

– Tenir des enquêtes relativement à l'application des art. 4 à 8 (collecte, conservation et protection des renseignements personnels) (art. 37).

Afin de mener à terme l'instruction des plaintes déposées, le Commissaire à la protection de la vie privée possède de vastes pouvoirs. Il a accès à tous les renseignements qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exclusion des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et aucun des renseignements auxquels il a accès ne peut lui être refusé (par. 34(2)). Il a le droit d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi. De plus, il peut faire prêter serment et recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il juge indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Il peut également pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux, s'entretenir en privé avec toute personne s'y trouvant et y mener, dans le cadre de la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les enquêtes qu'il croit nécessaires. Enfin, il peut examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux occupés par une institution fédérale (par. 34(1)).

2002 SCC 53 (CanLII)

After completing his investigation, the Privacy Commissioner reports his findings to the head of the government institution in question, if he finds that a complaint is well-founded. Where appropriate, the Privacy Commissioner may report his findings to the complainant. In his report, he may ask the head of the government institution in question to disclose the personal information in issue or to make changes in the management or use of personal information (ss. 35, 36 and 37).

Like the Privacy Commissioner, the Commissioner of Official Languages plays an important role. It is his job to take the measures that are necessary in respect of the recognition of each of the two official languages, and to secure compliance with the spirit of the *Official Languages Act*, in particular in the administration of the affairs of federal institutions. It is therefore the Commissioner who has been given the mandate to ensure that the objectives of that Act are implemented. To allow him to fulfil a social mission of such broad scope, he has been vested with broad powers by the Parliament of Canada. For instance, he may conduct investigations into complaints that in any particular case the status of an official language was not recognized, or any provision of an Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the two official languages, or the spirit or intent of the *Official Languages Act*, was not complied with:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

(2) It is the duty of the Commissioner, for the purpose set out in subsection (1), to conduct and carry out investigations either on his own initiative or pursuant to any complaint made to the Commissioner and to report and make recommendations with respect thereto as provided in this Act.

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner

À l'issue de son enquête, le Commissaire à la protection de la vie privée fait rapport de ses conclusions au responsable de l'institution fédérale concernée s'il conclut au bien-fondé d'une plainte. S'il y a lieu, il fait également rapport au plaignant de ses conclusions. Dans son rapport, il peut demander au responsable de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels en cause ou de procéder à des changements dans la gestion ou l'utilisation des renseignements personnels (art. 35, 36 et 37).

Tout comme le Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire aux langues officielles joue un rôle important. C'est à lui que revient la tâche de prendre toutes les mesures nécessaires visant la reconnaissance du statut de chacune des deux langues officielles et de faire respecter l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* notamment au sein de l'administration des affaires des institutions fédérales. C'est donc le commissaire qui a le mandat d'assurer la poursuite des objectifs de cette loi. Pour lui permettre de s'acquitter de cette mission sociale de grande envergure, le Parlement du Canada l'a investi de vastes pouvoirs. Ainsi, il peut procéder à des enquêtes sur un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle ou de manquement à une loi ou un règlement fédéral sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou, encore, à l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* ou à l'intention du législateur :

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(2) Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire procède à des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, et présente ses rapports et recommandations conformément à la présente loi.

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

(*a*) the status of an official language was not or is not being recognized,

(*b*) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or

(*c*) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institution.

(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue. [Emphasis added.]

un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants. [Je souligne.]

The Commissioner may also exercise his persuasive influence to ensure that any decision that is made is implemented and that action is taken on the recommendations made in respect of an investigation. For instance, s. 63(3) of the *Official Languages Act* provides that he may request the deputy head or other administrative head of the federal institution concerned to notify him within a specified time of the action, if any, that the institution proposes to take to give effect to those recommendations. He may also, in his discretion and after considering any reply made by or on behalf of any federal institution concerned, transmit a copy of the report and recommendations to the Governor in Council, and the Governor in Council may take such action as the Governor in Council considers appropriate in relation to the report (s. 65(1) and (2)). The Commissioner may make a report to Parliament where the Governor in Council has not taken action on it (s. 65(3)). He also has the authority to apply to the Court for a remedy, with the consent of the complainant (s. 78).

Le commissaire peut également exercer son influence persuasive afin de mettre en œuvre toute décision prise et de donner suite aux recommandations formulées après une enquête. Ainsi, le par. 63(3) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit qu'il peut demander aux administrateurs généraux ou aux autres responsables administratifs de l'institution fédérale concernée de lui faire savoir, dans un délai qu'il fixe, les mesures envisagées pour donner suite à ses recommandations. Il peut en outre, selon son appréciation et après examen des réponses faites par l'institution fédérale concernée ou en son nom, transmettre au gouverneur en conseil un exemplaire du rapport et de ses recommandations; celui-ci peut ensuite prendre les mesures qu'il juge indiquées pour donner suite au rapport (par. 65(1) et (2)). Le commissaire peut déposer une copie du rapport au Parlement lorsque le gouverneur en conseil n'a pas donné suite au rapport (par. 65(3)). Enfin, il a le pouvoir d'exercer un recours judiciaire avec le consentement du plaignant (art. 78).

36 As well, it is the Commissioner who decides what procedure to follow in conducting investigations, subject to the following requirements: the obligation to give notice of intention to investigate (s. 59), the obligation to ensure that investigations are conducted in private (s. 60(1)) and the obligation to give the individual or federal institution in question the opportunity to answer any adverse

De plus, c'est le commissaire qui décide de la procédure à suivre lors des enquêtes, sous réserve des exigences suivantes : l'obligation de faire parvenir un avis de son intention d'enquêter (art. 59), l'obligation de veiller à ce que les enquêtes soient secrètes (par. 60(1)) et l'obligation de donner au particulier ou à l'institution fédérale concernée la possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet

2002 SCC 53 (CanLII)

allegation or criticism (s. 60(2)). The investigation must also be conducted promptly, since the complainant is entitled to make an application for a court remedy six months after the complaint is made (s. 77(3)). The Commissioner and every person acting on his behalf may not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under the *Official Languages Act* (s. 72).

In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215):

– They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period. They receive the same salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;

– They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

– They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;

– They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*;

– As a rule, they may not disclose information they receive.

The Privacy Commissioner and the Official Languages Commissioner follow an approach that distinguishes them from a court. Their unique mission is to resolve tension in an informal manner: one reason that the office of ombudsman was created was to address the limitations of legal proceedings.

(par. 60(2)). L'enquête doit également être menée promptement puisque le plaignant a le droit d'exercer un recours judiciaire six mois après le dépôt de la plainte (par. 77(3)). Le commissaire et toute personne agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils ont connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la *Loi sur les langues officielles* (art. 72).

37 Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215) :

– Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;

– Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

– Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;

– Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;

– Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

38 Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire aux langues officielles utilisent une approche qui les distingue d'une cour de justice. Ils ont pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle. C'est, entre autres, pour répondre aux limites des recours judiciaires que

2002 SCC 53 (CanLII)

As W. Wade wrote (*Administrative Law* (8th ed. 2000), at pp. 87-88):

> If something illegal is done, administrative law can supply a remedy, though the procedure of the courts is too formal and expensive to suit many complainants. But justified grievances may equally well arise from action which is legal, or at any rate not clearly illegal, when a government department has acted inconsiderately or unfairly or where it has misled the complainant or delayed his case excessively or treated him badly. Sometimes a statutory tribunal will be able to help him both cheaply and informally. But there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real. A humane system of government must provide some way of assuaging them, both for the sake of justice and because accumulating discontent is a serious clog on administrative efficiency in a democratic country. . . . What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong. . . . It was because it filled that need that the device of the ombudsman suddenly attained immense popularity, sweeping round the democratic world and taking root in Britain and in many other countries, as well as inspiring a vast literature.

39 An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

> As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.

l'ombudsman a été créé. En effet, selon W. Wade (*Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 87-88) :

> [TRADUCTION] Si un acte illégal est commis, le droit administratif peut prévoir un recours, quoique la procédure des cours de justice soit trop formelle et trop coûteuse pour convenir à de nombreux plaignants. Mais des griefs justifiés peuvent tout aussi bien découler d'un acte légal ou d'un acte qui n'est, en tout cas, pas clairement illégal, lorsqu'un organisme gouvernemental a agi de façon inconsidérée ou inéquitablement, ou lorsqu'il a induit en erreur le plaignant, qu'il a retardé son dossier de façon excessive ou qu'il l'a traité cavalièrement. Un tribunal créé par la loi est parfois en mesure de l'aider à peu de frais et de façon informelle. Il y a cependant un bon nombre de griefs qui ne correspondent à aucun des modèles juridiques habituels, mais qui n'en sont pas moins réels. Un système de gouvernement empreint de compassion doit fournir un moyen de régler ces griefs, tant pour les fins de la justice que parce que l'accumulation du mécontentement constitue un obstacle important à l'efficacité administrative dans un pays démocratique. [. . .] Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier bien rodé pour répondre, après évaluation impartiale, aux réactions de ses clients insatisfaits et pour corriger ce qui a pu mal fonctionner. [. . .] C'est parce qu'il a comblé ce besoin que l'instrument que constitue l'ombudsman s'est soudainement attiré une immense popularité, faisant le tour du monde démocratique et prenant racine en Grande-Bretagne et dans de nombreux autres pays tout en faisant couler beaucoup d'encre.

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-459) :

> Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

2002 SCC 53 (CanLII)

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as "one of the dilemmas of our times" namely, that "[i]n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values".

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

B. *The Connection Between the Official Languages Act and the Privacy Act*

Parliament has made it plain that the *Privacy Act* applies to the Office of the Commissioner of Official Languages: the latter is listed in the schedule to the Act as a government institution that is subject to the *Privacy Act*. As well, s. 2 of the *Privacy Act* provides that its purpose is to extend the present laws of Canada, and this includes the *Official Languages Act*, although s. 82 of the *Official Languages Act* provides that the provisions of Parts I to V prevail over any other Act of Parliament or regulation thereunder. None of the sections relied on by the appellant is found in those parts: ss. 60(1), 72, 73 and 74 are in Part IX of the Act. The meanings of the provisions in issue in these appeals must therefore be reconciled, and they must be read together.

Section 12 of the *Privacy Act* creates a right of access to personal information. "[s]ubject to this Act". Exceptions to the right of access must therefore be prescribed by that Act. Where a government institution refuses to give access to the information, it is required to state the specific provision of the

L'institution d'ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l'ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l'un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l'État moderne . . . l'action démocratique n'est possible qu'au moyen de l'organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n'est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».

Les facteurs qui ont contribué à l'essor de l'institution d'ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l'avènement de l'État-providence moderne, l'ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

B. *Les liens entre la Loi sur les langues officielles et la Loi sur la protection des renseignements personnels*

Le législateur a clairement indiqué que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique au Commissariat aux langues officielles. En effet, celui-ci est énuméré à l'annexe de la loi en tant qu'institution fédérale assujettie à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De plus, l'art. 2 stipule qu'elle a pour objet de compléter la législation canadienne, dont la *Loi sur les langues officielles*, quoique l'art. 82 de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les dispositions des parties I à V l'emportent sur toute autre loi ou tout autre règlement fédéraux. Aucun des articles invoqués par l'appelant ne figure dans ces parties. En effet, le par. 60(1) ainsi que les art. 72, 73 et 74 se situent dans la partie IX de la loi. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi doivent donc être conciliées et lues ensemble.

L'article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne un droit d'accès aux renseignements personnels, « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ». Les exceptions au droit d'accès doivent donc être prévues par cette loi. Lorsque l'institution fédérale refuse

Act on which the refusal is based (s. 16(1)(*b*)) and to establish that it is authorized to refuse to disclose the information (s. 47). In this case, the refusal to disclose is based on s. 22(1)(*b*).

42 The *Privacy Act* must therefore be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in a manner consistent with the objective of the *Official Languages Act* of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions. Parliament has expressly provided that investigations by the Commissioner shall be conducted in private and that investigators shall not disclose information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions:

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act. [Emphasis added.]

These provisions illustrate Parliament's desire to facilitate access to the Commissioner and to recognize the very delicate nature of the use of an official language at work by a minority group. The private and confidential nature of investigations is an important aspect of the implementation of the *Official Languages Act*. Without protections of this nature, complainants might be reluctant to file complaints with the Commissioner, for example because they are afraid that their opportunities for advancement would be reduced, or their workplace relationships would suffer. As well, these provisions encourage witnesses to participate in the Commissioner's investigations. They are less likely to be afraid that their participation might have a negative impact on the employer-employee relationship or their relations with other employees, and to refuse to cooperate for fear of getting in trouble or damaging their careers. The affidavit of Mr. Langelier, Assistant Director General of the Investigations Branch, explains the importance of preserving a measure

l'accès aux renseignements, il lui appartient de préciser la disposition sur laquelle elle fonde son refus (al. 16(1)*b*)) et d'établir le bien-fondé de cette décision (art. 47). En l'occurrence, le refus de divulguer est basé sur l'al. 22(1)*b*).

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit donc se faire dans le respect de l'objectif de la *Loi sur les langues officielles* de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales. Le législateur a expressément prévu que les enquêtes du commissaire sont secrètes et que les enquêteurs sont tenus au secret en ce qui concerne les informations qu'ils obtiennent dans l'exercice de leurs fonctions :

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent le souci du législateur de faciliter l'accès au commissaire et de reconnaître la nature très délicate de l'usage d'une langue officielle au travail par une minorité. Le caractère secret et confidentiel des enquêtes est un élément important de la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. Sans de telles protections, les plaignants pourraient hésiter à déposer une plainte auprès du commissaire de peur, par exemple, de voir diminuer leurs chances d'avancement ou de voir s'effriter leurs relations au travail. De même, ces dispositions favorisent la participation des témoins aux enquêtes du commissaire. Ceux-ci sont ainsi moins susceptibles de craindre que leur participation puisse avoir un impact néfaste sur la relation employeur-employé ou la relation avec les autres employés et de refuser d'y collaborer par crainte d'ennuis ou de préjudice à leur carrière. L'affidavit de M. Langelier, directeur général adjoint à la Direction générale des enquêtes, explique l'importance de conserver une

2002 SCC 53 (CanLII)

of confidentiality in the Commissioner's investigations, for the following reasons, among others:

[TRANSLATION] – the investigators gave assurances to the people interviewed that the information gathered would be kept confidential in order to secure the cooperation of those people . . . .

– . . . members of the public, and in particular public servants, will hesitate to file complaints . . . if they are warned that their identities and any information that they disclose to the OCOL investigators is likely to be disclosed otherwise than where required in order to comply with the principles of natural justice or, as an exception, in an application for a remedy under Part X of the [*Official Languages Act*];

– members of the public, and in particular public servants, will be more reluctant to cooperate with OCOL investigators, and in order to give effect to the obligation imposed on the COL to investigate complaints, investigators will have to resort to their powers in relation to investigations, including summoning witnesses to attend and compelling them to testify and produce documents;

– the OCOL's investigatory process will become much more formal and rigid, and this will compromise the COL's ombudsman role;

– the fact that the COL is required to disclose information could interfere with his role as mediator and facilitator and thereby jeopardize the power of persuasion and the credibility that an ombudsman must have in order to discharge his functions.

In *Beaulac*, *supra*, at para. 20, Bastarache J. explained the importance of providing conditions in which language rights may be exercised:

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized 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. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees . . . . [Emphasis added.]

certaine confidentialité des enquêtes du commissaire, notamment pour les raisons suivantes :

– les enquêteurs ont dû donner l'assurance aux personnes interviewées que les informations recueillies demeureraient confidentielles afin de s'assurer la collaboration de ces derniers . . .

– . . . les membres du public et notamment les fonctionnaires hésiteraient à déposer des plaintes [. . .] s'ils étaient prévenus que leur identité ainsi que toute information qu'ils auraient communiquée aux enquêteurs du Commissariat serait susceptible d'être dévoilée autrement que dans le contexte du respect des principes de justice naturelle ou, exceptionnellement, d'un recours judiciaire en vertu de la partie X de la [*Loi sur les langues officielles*];

– les membres du public et notamment les fonctionnaires seraient plus réticents à collaborer avec les enquêteurs du Commissariat et ces derniers devraient, pour donner suite à l'obligation qui est faite au Commissaire d'instruire les plaintes, avoir recours aux pouvoirs d'enquêtes et notamment assigner à comparaître et contraindre à témoigner et à produire des documents par voie d'assignations à témoigner;

– le processus d'enquête du Commissaire deviendrait beaucoup plus formel et rigide, ce qui compromettrait le rôle d'ombudsman du Commissaire;

– le fait que le Commissaire soit tenu de dévoiler certaines informations risquerait de porter atteinte à son rôle de médiateur et de facilitateur et compromettrait ainsi le pouvoir de persuasion et la crédibilité dont un ombudsman doit disposer pour s'acquitter de ses fonctions.

43 Le juge Bastarache expose l'importance de prévoir des conditions permettant l'exercice des droits linguistiques dans l'affaire *Beaulac*, précitée, par. 20 :

L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est 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. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques . . . [Je souligne.]

2002 SCC 53 (CanLII)

Marshall and Reif, *supra*, at p. 219, explain the importance of confidentiality for an ombudsman:

> The confidentiality of the ombudsman's proceedings helps to ensure his independence as well as to facilitate cooperation throughout the investigation. The ombudsman's investigation must be held in private and his reports and investigation may not be made the subject of an inquiry or review, apart from a review ordered by the Legislative Assembly, its committees or another body which the Legislative Assembly authorizes. [Emphasis added.]

44 In addition to enacting specific provisions to ensure that investigations are held in private, Parliament gave the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board (s. 62(2)(*a*)). The Minister of Justice at the time, Ray Hnatyshyn, discussed that provision in addressing the legislative committee (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, at pp. 20:25 and 20:29) as follows:

> It is appropriate, after we have talked about the ombudsman character of the office, that in this case the commissioner has the opportunity to examine the kind of harassment, intimidation, discrimination or obstruction that might take place with respect to any individual and have an opportunity to examine these matters and bring them to the attention of the President of the Treasury Board. I think this is an opportunity to make sure all Canadians and all people who are involved and employed and against whom a complaint could be laid under this bill can do so freely without fear of discrimination. I think it is important for all Canadians to feel they have the right to use this bill and use the office of the commissioner without fear of retribution or recrimination for taking a complaint forward.
>
> . . .
>
> But if you have raised a complaint in the first place, you are on record, and maybe you are being discriminated against.
>
> Certainly the commissioner's function is to protect you; not to make life any more difficult for you but make sure you are not going to suffer negative consequences. If you prevent him from doing that, or have a veto, then it

Marshall et Reif, *loc. cit.*, p. 219, expliquent l'importance de la confidentialité pour un ombudsman :

> [TRADUCTION] La confidentialité des procédures de l'ombudsman contribue à garantir son indépendance de même qu'à faciliter la collaboration tout au long de l'enquête. L'ombudsman doit faire enquête en privé, et ses rapports et enquêtes ne sont pas susceptibles d'examen sauf ordonnance contraire de l'assemblée législative, de ses comités ou d'un autre organisme autorisé par l'assemblée législative. [Je souligne.]

En plus d'avoir prévu des dispositions spécifiques assurant le caractère secret des enquêtes, le législateur a donné au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination (al. 62(2)*a*)). Voici comment le ministre de la Justice de l'époque, Ray Hnatyshyn, s'exprimait sur cette disposition au Comité législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule nº 20, 7 juin 1988, p. 20:25 et 20:28-20:29) :

> [TRADUCTION] Nous avons parlé du rôle de médiateur du commissaire aux langues officielles qui a la possibilité d'examiner le harcèlement, l'intimidation, la discrimination ou l'obstruction qu'ont pu subir certaines personnes afin de se pencher sur ces questions et de les soumettre à l'attention du président du Conseil du Trésor. On assure ainsi que des plaintes puissent être portées librement en vertu de ce projet de loi, sans crainte de discrimination. Il est important que tous les Canadiens estiment avoir le droit de recourir à cette législation et qu'ils puissent utiliser le bureau du commissaire pour porter plainte, sans craindre de mesures de rétorsion.
>
> . . .
>
> Il est entièrement possible que l'auteur d'une plainte en bonne et due forme fasse l'objet de discrimination.
>
> Évidemment, il incombe au commissaire de protéger ces personnes : non pas de leur compliquer la vie, mais de les protéger contre des conséquences malheureuses du fait d'avoir porté plainte. Si on empêchait le commissaire

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

may be counterproductive in the legislation to the interests of all your fellow employees. It would certainly allow the same discrimination to take place with other people if they feel they cannot beat the system. [Emphasis added.]

d'exercer cette responsabilité, par exemple au moyen d'un veto, ce projet de loi pourrait remettre en question les droits de tous les fonctionnaires, et permettrait assurément le même genre de discrimination à l'endroit d'autres personnes qui éprouveraient un sentiment d'impuissance qui les empêcheraient de réagir. [Je souligne.]

The *Privacy Act* must be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in such a way as to recognize the unique context in which the Commissioner's investigations are conducted. In ss. 60, 62 and 72, Parliament clearly recognized the delicate situation involved in the use of an official language at work by a minority group, by requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential, to protect complainants and witnesses from any prejudice that might result from their involvement in the complaints and the investigation process, and by giving the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board. If Parliament had not enacted those provisions, it might have been difficult to achieve the objectives of the *Official Languages Act*. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. Because the purpose of the investigation is to determine the truth and understand the individuals' experience of the situation, the investigators must be circumspect in collecting information and assessing the information obtained.

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit se faire de façon à reconnaître le contexte particulier des enquêtes du commissaire. Le législateur, par les art. 60, 62 et 72, a clairement reconnu le contexte délicat de l'utilisation d'une langue officielle au travail par une minorité en imposant le secret et la confidentialité pour protéger les plaignants et les témoins contre toutes formes de préjudice résultant de leur implication dans les plaintes et le processus d'enquête et en donnant au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination. Si le législateur n'avait pas prévu de telles dispositions, les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* pourraient difficilement être atteints. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Le but de l'enquête étant la recherche de la vérité et d'apprécier le vécu de la situation, les enquêteurs doivent être prudents dans la collecte de renseignements et l'appréciation des renseignements obtenus.

Both the respondent and the Privacy Commissioner, who is an intervener in this case, argue that it is not necessary that interviews be confidential in order to secure the participation of witnesses, because the Commissioner of Official Languages has broad powers that include the power to summon and enforce the attendance of witnesses (s. 62 of the *Official Languages Act*). That argument cannot succeed, because using the procedure for compelling attendance compromises the ombudsman role of the Commissioner. It is the responsibility of the Commissioner to investigate complaints that are submitted to him impartially, and to resolve them using flexible mechanisms that are based on discussion and persuasion. The Commissioner must protect witnesses and assist victims in exercising

L'intimé de même que le Commissaire à la protection de la vie privée, agissant à titre d'intervenant dans la présente affaire, soutiennent que la confidentialité des entrevues n'est pas nécessaire pour qu'il y ait participation des témoins parce que le Commissaire aux langues officielles jouit de vastes pouvoirs, dont celui d'assigner des personnes et de les contraindre à comparaître devant lui (art. 62 de la *Loi sur les langues officielles*). Cet argument ne peut être retenu puisque l'utilisation de la procédure de contrainte compromet le rôle d'ombudsman du commissaire. Celui-ci a pour mission d'instruire de façon impartiale les plaintes qui lui sont soumises et de les régler dans le cadre de mécanismes souples basés sur la discussion et la persuasion. Le commissaire doit protéger les témoins et aider les victimes

their rights. Requiring the Commissioner to have regular recourse to the procedure for enforcing the attendance of individuals before him is inconsistent with the role of an ombudsman. In addition, enforcing the attendance of witnesses would needlessly complicate the investigations, and would be injurious to them. A person who is compelled to testify may be recalcitrant and less inclined to cooperate. The way in which the *Official Languages Act* is interpreted must not be injurious to activities undertaken by the Commissioner that are intended to resolve conflicts in an informal manner.

à faire respecter leurs droits. Exiger du commissaire qu'il utilise sur une base régulière la contrainte afin de forcer les personnes à comparaître est contraire au rôle d'un ombudsman. De plus, la contrainte à témoigner alourdit inutilement les enquêtes et leur nuit. Une personne contrainte à témoigner risque d'être réticente et moins disposée à collaborer. L'interprétation à donner à la *Loi sur les langues officielles* ne doit pas nuire aux activités du commissaire visant à régler les conflits de manière informelle.

46 The appellant contends that the access to information mechanism set out in ss. 73 and 74 of the *Official Languages Act* is a complete scheme, and that those provisions enabled the respondent to obtain disclosure of the information he needed in order to submit his complaint and secure redress. In the appellant's submission, Parliament intended that the information collected by the Commissioner would remain private, unless, and only in the event that, it could be disclosed under the *Official Languages Act*. The effect of that interpretation is to exempt the *Official Languages Act* from the application of the *Privacy Act*. It defeats the complainant's right to obtain access to personal information about him under the *Privacy Act*. It would be contrary to the clear intention of Parliament, which was that the Office of the Commissioner of Official Languages was to be subject to the *Privacy Act*, to accept that interpretation, and it must be rejected. The two Acts must be interpreted and applied harmoniously.

L'appelant prétend que le mécanisme d'accès à l'information prévu aux art. 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles* est un régime complet et que l'intimé avait la possibilité en vertu de ces dispositions d'obtenir la communication des renseignements dont il avait besoin pour présenter sa plainte et obtenir réparation. Selon l'appelant, le Parlement a voulu que les renseignements recueillis par le commissaire demeurent secrets, sauf, et uniquement, dans la mesure où ils peuvent être communiqués en vertu de la *Loi sur les langues officielles*. Cette interprétation a pour effet de soustraire la *Loi sur les langues officielles* à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle écarte le droit du plaignant d'avoir accès aux renseignements personnels le concernant en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'accepter serait contraire à l'intention claire du législateur de soumettre le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette interprétation est à rejeter. Les deux lois doivent être interprétées et appliquées de manière harmonieuse.

47 At the time in question, the policy of the Office of the Commissioner of Official Languages was to explain to witnesses that ss. 60 and 72 of the *Official Languages Act* provided that investigations were conducted in private, and that ss. 73 and 74 of the Act provided for limited circumstances in which testimony could be disclosed. As Mr. Langelier said in his affidavit:

À l'époque du litige, la politique du Commissariat aux langues officielles était d'expliquer aux témoins que les art. 60 et 72 de la *Loi sur les langues officielles* stipulent que les enquêtes sont secrètes et que la loi prévoit aux art. 73 et 74 les circonstances limitées dans lesquelles les témoignages pourraient être communiqués. Selon l'affidavit de M. Langelier :

[TRANSLATION] The credibility of the Commissioner, in my view, requires that the information disclosed to the Commissioner and his representatives in the course of

La crédibilité du Commissaire repose grandement, à mon avis, sur le respect de la stricte confidentialité des renseignements communiqués au Commissaire et à ses

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

investigations is kept strictly confidential, subject to the following exceptions:

A) situations in which the Commissioner must disclose information which, in his opinion, is necessary for the conduct of his investigations. These include compliance with the principles of natural justice, where it is essential that the person or institution that is the subject of a recommendation know the identity of the complainant and what the complainant has said;

B) situations in which the Commissioner is involved in an application for a court remedy under Part X of the *OLA*. In those cases, the Commissioner may disclose or authorize the disclosure of information. [Emphasis added.]

The Commissioner's policy was therefore to assure witnesses that the information they disclosed to investigators would be kept confidential, within the limits of ss. 72, 73 and 74. In this case, the promise of confidentiality was also made subject to those sections; as the appellant's factum states:

The investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an Ombudsman and gave their assurances that the interviews would be kept confidential in light of sections 60(1), 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*. The investigators explained that pursuant to these sections, the investigations are conducted "in private". [Emphasis added.]

The promise of confidentiality made to the witnesses in the course of the investigation concerning Mr. Lavigne's complaint was therefore not absolute.

After the respondent filed his complaint, the Commissioner of Official Languages altered the policy concerning the instructions to be given to witnesses. His new policy required that investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act*. Investigators still inform witnesses that investigations are conducted in private, as provided in s. 60(1) of the *Official Languages Act*, and that the information that comes to the investigators' knowledge, including the testimony they give, will not be disclosed unless disclosure is necessary for the investigation or in the course of proceedings under Part X, or in cases where disclosure is required for reasons of procedural fairness under

représentants dans le cadre des enquêtes sous réserve toutefois :

A) des situations où le Commissaire doit communiquer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes. On pense notamment au respect des principes de justice naturelle où il est essentiel que la personne ou l'institution visée par une recommandation puisse connaître l'identité du plaignant ainsi que les déclarations de cette dernière;

B) des situations dans lesquelles le Commissaire est impliqué dans un recours judiciaire formé en vertu de la partie X de la *LLO*. Dans ces cas, le Commissaire peut communiquer ou autoriser la communication des renseignements. [Je souligne.]

La politique du commissaire était donc d'assurer aux témoins que l'information qu'ils communiquent aux enquêteurs demeure confidentielle, dans les limites des art. 72, 73 et 74. En l'espèce, la promesse de confidentialité a également été donnée sous réserve de ces articles. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

Les enquêteurs ont expliqué le rôle et la mission du [C]ommissaire aux langues officielles à titre d'ombudsman et ont donné l'assurance que les entrevues demeureraient confidentielles, compte tenu du paragraphe 60(1) ainsi que des articles 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*. Les enquêteurs ont expliqué que, conformément à ces dispositions, les enquêtes sont « secrètes ». [Je souligne.]

La promesse de confidentialité donnée aux témoins lors de l'enquête concernant la plainte de M. Lavigne n'était donc pas absolue.

48 À la suite de la plainte déposée par l'intimé, le Commissaire aux langues officielles a modifié sa politique à l'égard des instructions à donner aux témoins. Sa nouvelle politique demande aux enquêteurs d'informer les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les enquêteurs continuent à informer les témoins que les enquêtes sont secrètes, comme le prévoit le par. 60(1) de la *Loi sur les langues officielles*, et que les renseignements qui viennent à l'attention des enquêteurs, y compris leurs dépositions, ne seront pas communiqués sauf si une telle communication est requise pour l'enquête ou pour un recours formé sous le régime de la partie X ou encore dans les cas

s. 60(2) of the *Official Languages Act*. In addition, investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act* and that the information collected may be exempt from the disclosure requirement where an exception to disclosure applies.

où la communication est requise pour des raisons d'équité dans la procédure, en vertu du par. 60(2) de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, les enquêteurs informent les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que les renseignements recueillis peuvent être soustraits à l'exigence de communication lorsqu'une exception à la divulgation trouve application.

C. *The Exception to the Right of Access to Personal Information under Section 22(1)(b)*

C. *L'exception au droit d'accès aux renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)b)*

49 The purpose of s. 55 of the *Official Languages Act* is to limit the powers of the Commissioner to those powers provided by the Act or another Act of Parliament:

L'objet de l'art. 55 de la *Loi sur les langues officielles* est de circonscrire les attributions du commissaire à celles prévues par cette loi ou une autre loi fédérale :

55. The Commissioner shall carry out such duties and functions as are assigned to the Commissioner by this Act or any other Act of Parliament, and may carry out or engage in such other related assignments or activities as may be authorized by the Governor in Council.

55. Le commissaire exerce les attributions que lui confèrent la présente loi et toute autre loi fédérale; il peut en outre se livrer à toute activité connexe autorisée par le gouverneur en conseil.

Section 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* gives the Commissioner of Official Languages the power to refuse access to information that is requested if disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his investigations. It is primarily on this provision that the Commissioner bases his refusal to grant access to the information.

Or, l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère au Commissaire aux langues officielles le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si la divulgation risque vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes. C'est principalement sur cette disposition que le commissaire appuie son refus de donner accès aux renseignements.

50 It is this decision by the Commissioner that is the subject of the application for judicial review. Any analysis of that decision necessarily rests on a determination of the meaning of the expression "lawful investigations". The following question arises in this respect: are future investigations covered by s. 22(1)(*b*)?

C'est cette décision du commissaire qui fait l'objet du recours en révision judiciaire. L'analyse de celle-ci suppose nécessairement la détermination de la signification de l'expression « enquêtes licites ». À cet égard, la question suivante se pose : les enquêtes futures sont-elles visées par l'al. 22(1)*b*)?

51 In the case before us, the appellant is not arguing that the disclosure of information would be injurious to investigations that are underway, because all of the investigations had been concluded at the time when the respondent requested the personal information in question from him. However, he submits that disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to his future investigations. The appellant contests the argument

Dans le cas qui nous occupe, l'appelant ne prétend pas que la divulgation des renseignements nuirait aux enquêtes en cours puisque toutes les enquêtes étaient terminées au moment où l'intimé lui a demandé les renseignements personnels en question. Cependant, il soutient que la divulgation des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Celui-ci conteste la prétention de l'intimé et celle de l'intervenant selon

2002 SCC 53 (CanLII)

made by the respondent and the intervener, which is that s. 22(1)(*b*) applies only to investigations that are underway and cannot be relied on to protect future investigations or the investigative process in general. In his submission, this is a needlessly narrow interpretation of that provision, and it is injurious to the implementation of the Act and the attainment of its objectives.

First, it must be noted that the word "investigation" is defined in s. 22(3) of the *Privacy Act*:

> **22.** . . .
>
> (3) For the purposes of paragraph (1)(*b*), "investigation" means an investigation that
>
> (*a*) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;
>
> (*b*) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or
>
> (*c*) is within a class of investigations specified in the regulations.

That definition does not suggest that the word is limited to a specific investigation, or an investigation that is circumscribed in time. Indeed, Parliament has not limited the scope of that expression by any qualifier whatever. None of the paragraphs of s. 22(3) limits the word "investigation" to investigations that are underway, or excludes future investigations or the investigative process in general from its protection. It therefore seems, *prima facie*, that the word retains its broad meaning and may refer equally to investigations that are underway, are about to commence, or will take place. We shall now consider whether Parliament restricted the scope of that definition for the purpose of the application of the exception to disclosure set out in s. 22(1)(*b*).

Parliament made it plain that s. 22(1)(*b*) retains its broad and general meaning by providing a non-exhaustive list of examples. It uses the word "*notamment*", in the French version, to make it plain that the examples given are listed only for clarification, and do not operate to restrict the general scope of the introductory phrase. The English version of the provision is also plain. Parliament introduces the list of examples with the expression "without restricting

lesquelles l'al. 22(1)*b*) ne s'applique qu'aux enquêtes en cours et ne peut être invoqué afin de sauvegarder des enquêtes futures ou le processus d'enquête en général. Selon lui, c'est une interprétation inutilement restrictive de cette disposition et nuisible à la mise en œuvre de la loi et à la réalisation de ses objectifs.

Tout d'abord, il faut noter que le mot « enquête » est défini au par. 22(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

> **22.** . . .
>
> (3) Pour l'application de l'alinéa (1)*b*), « enquête » s'entend de celle qui :
>
> *a*) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;
>
> *b*) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;
>
> *c*) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

Cette définition ne suggère pas que ce mot soit limité à une enquête précise et circonscrite dans le temps. En effet, le législateur ne limite pas la portée de cette expression par un qualificatif quelconque. Aucun des alinéas du par. 22(3) ne limite le mot enquête aux enquêtes en cours ni n'exclut de sa protection les enquêtes futures et le processus d'enquête d'une façon générale. De prime abord, il semble donc que ce mot conserve son sens large et puisse faire référence autant aux enquêtes en cours qu'à celles qui sont sur le point de commencer ou qui auront lieu. Voyons maintenant si le législateur a restreint la portée de cette définition pour l'application de l'exception à la divulgation prévue à l'al. 22(1)*b*).

Le législateur prend soin de préciser que l'al. 22(1)*b*) conserve son sens large et général par l'énumération non limitative d'exemples. Il utilise le mot « notamment » afin de préciser que les exemples donnés ne sont énumérés qu'à titre indicatif et n'ont pas pour effet de limiter la portée générale de la phrase introductive. La version anglaise de cette disposition est aussi explicite. Le législateur introduit l'énumération d'exemples

the generality of the foregoing". This Court has had occasion in the past to examine the interpretation of the expression "without restricting the generality of the foregoing" in similar circumstances: in *Dagg, supra*, at para. 68, La Forest J. analyzed s. 3 of the *Privacy Act*, the wording of which resembles the wording of s. 22(1)(*b*) of that Act:

> In its opening paragraph, the provision states that "personal information" means "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing". On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition: see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91.

Although s. 22(1)(*b*)(i) relates specifically to a particular investigation, it in no way alters the generality of the introductory sentence. In fact, s. 22(1)(*b*)(ii), which authorizes refusal to disclose information that would reveal the identity of a confidential source of information, contemplates the protection of future investigations as well as existing investigations. A reliable confidential source may be useful beyond the confines of one specific investigation.

54 In short, there is nothing in s. 22(1)(*b*) that should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway or are about to commence, or limiting the general meaning of that word to specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that section.

55 Exceptions to the disclosure of personal information have generally been narrowly construed by the courts. Nonetheless, as McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal said, "[i]f the meaning [of the wording of a provision] is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it" (*Rubin, supra*, at para. 24; see also *St. Peter's Evangelical*

par l'expression « *without restricting the generality of the foregoing* ». Notre Cour a déjà eu à examiner l'interprétation du mot « notamment » dans des circonstances similaires. En effet, dans l'affaire *Dagg*, précitée, par. 68, le juge La Forest a analysé l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dont la phraséologie ressemble à celle de l'al. 22(1)*b*) de cette même loi :

> La disposition liminaire de cet article définit l'expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n'a pas pour effet d'en limiter la portée. Comme l'a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d'interprétation. L'énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291.

Même si le sous-al. 22(1)*b*)(i) se rattache spécifiquement à une enquête déterminée, la portée générale de la phrase introductive n'est pas pour autant modifiée. D'ailleurs, le sous-al. 22(1)*b*)(ii), autorisant la non-divulgation des renseignements qui permettent de remonter à une source de renseignements confidentielle, envisage la protection des enquêtes futures aussi bien qu'actuelles. Une source confidentielle fiable peut être utile au-delà d'une seule enquête précise.

Bref, rien à l'al. 22(1)*b*) ne doit s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours ou à celles sur le point de commencer, ni comme limitant la portée générale de ce mot à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cet article.

Les exceptions à la divulgation des renseignements personnels ont généralement été interprétées d'une manière restrictive par les tribunaux. Il n'en demeure pas moins, comme le disait le juge McDonald, de la Cour d'appel fédérale, que « [s]i le sens [du libellé d'une disposition] est manifeste, il n'appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal

2002 SCC 53 (CanLII)

Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 626). The argument made by the intervener and the respondent, that it is never possible to invoke the exemption from disclosure once the investigation is over, is an interpretation that is not supported by the wording of the provision. The disclosure of personal information may be as damaging to future investigations as to investigations that are underway.

The appellant relies on another portion of s. 22(1)(*b*). He contends that disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of a law of Canada or a province, and more specifically of the *Official Languages Act*:

> **22.** (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)
>
> . . .
>
> (*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . .
>
> **22.** (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :
>
> . . .
>
> *b*) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . . . [Emphasis added.]

The respondent and the intervener submit that the Commissioner of Official Languages does not have the power to enforce the *Official Languages Act* and that, consequently, this argument must be rejected. They contend that the power to enforce that Act is set out in Part X of the Act, entitled "Court

de le modifier » (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, par. 24; voir également *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, p. 626). Les prétentions de l'intervenant et de l'intimé selon lesquelles il n'est jamais possible d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation, une fois l'enquête close, représentent une interprétation que ne permet pas le libellé de la disposition. La divulgation de renseignements personnels peut être aussi dommageable à des enquêtes futures qu'à des enquêtes en cours.

L'appelant invoque une autre partie de l'al. 22(1)*b*). Il prétend que la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales et plus particulièrement la *Loi sur les langues officielles* :

> **22.** (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :
>
> . . .
>
> *b*) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . .
>
> **22.** (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)
>
> . . .
>
> (*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . [Je souligne.]

L'intimé et l'intervenant soutiennent que le Commissaire aux langues officielles n'a pas le pouvoir de faire respecter la *Loi sur les langues officielles* et que, par conséquent, cet argument doit être rejeté. Ils prétendent que le pouvoir de la faire respecter est prévu à la partie X de cette loi ayant pour

Remedy", and that only the Federal Court has that power. In their submission, the English expression "enforcement of any law" expressly refers to activities to compel compliance.

57 The question is whether "the enforcement of any law of Canada" refers only to activities the purpose of which is to compel certain individuals or institutions to comply with the provisions of a law of Canada, or whether mediation and making non-coercive recommendations, as provided by the *Official Languages Act*, also constitute "the enforcement of any law of Canada". I do not believe that it is necessary for this Court to construe that expression in order to dispose of this matter. The appeal essentially addresses the question of how the *Privacy Act*, which provides for access to personal information by the person concerned, may be reconciled with the right of the Commissioner of Official Languages to keep investigations confidential and private. The question of confidentiality arises in this case only in relation to investigations.

58 The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(*b*) is authorized only where disclosure "could reasonably be expected" to be injurious to investigations. As Richard J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at para. 43, "[t]he reasonable expectation of probable harm implies a confident belief". There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question: there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The Commissioner of Official Languages has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly. The

titre « Recours judiciaire » et que seule la Cour fédérale a un tel pouvoir. Selon eux, l'expression anglaise « *enforcement of any law* » fait expressément référence à des activités comportant contrainte.

La question est de savoir si les « activités destinées à faire respecter les lois fédérales » ne visent que celles qui ont pour objet de contraindre certains individus ou institutions à se conformer aux dispositions d'une loi fédérale ou si la médiation et la formulation de recommandations non exécutoires, prévues par la *Loi sur les langues officielles*, constituent également des « activités destinées à faire respecter les lois fédérales ». Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que notre Cour interprète cette expression pour décider du litige. Ce pourvoi porte essentiellement sur la conciliation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant l'accès aux renseignements personnels par la personne concernée et le droit du Commissaire aux langues officielles de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes. Cette question de confidentialité se pose ici uniquement dans le contexte des enquêtes.

La non-divulgation des renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)*b*) n'est autorisée que s'il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l'enquête. Or, comme le mentionne le juge Richard dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 43, « [l]a vraisemblance du préjudice implique qu'on ait des motifs d'y croire ». Il faut qu'il y ait entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l'organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d'assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l'intégrité du processus d'enquête. Le Commissaire aux langues officielles a l'obligation d'être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l'application de son

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

power provided in s. 22(1)(*b*) must be exercised in a manner that respects the nature and objectives of the *Official Languages Act*. The Commissioner must have regard to, *inter alia*, the private and confidential nature of investigations, as provided by Parliament. As I have explained, the sections providing for the confidentiality and secrecy of investigations are essential to the implementation of the *Official Languages Act*. Section 22(1)(*b*) must be applied in a way that is consistent with both Acts.

pouvoir. L'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)*b*) doit respecter la nature et les objectifs de la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire doit, entre autres, tenir compte du caractère secret et confidentiel des enquêtes prévu par le législateur. Comme je l'ai expliqué, les articles prévoyant la confidentialité et le secret des enquêtes sont essentiels à la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. L'application de l'al. 22(1)*b*) doit se faire dans le respect des deux lois.

D. *Application of the Law to the Facts of the Case*

The only interview notes that Mr. Lavigne is attempting to obtain in this application are the notes in respect of Jacqueline Dubé: during the course of the proceedings, Normand Chartrand and France Doyon agreed to allow the Commissioner of Official Languages to give the respondent access to the personal information about him. The issue that remains to be determined is whether it can reasonably be concluded from the Commissioner's statements that disclosure of the notes of the interview with Jacqueline Dubé could reasonably be expected to be injurious to the conduct of the Commissioner's future investigations.

D. *Application du droit aux faits en l'espèce*

59 Les seules notes d'entrevue que tente d'obtenir M. Lavigne par la présente demande sont celles de Jacqueline Dubé. En effet, au cours des procédures, Normand Chartrand et France Doyon ont convenu de permettre au Commissaire aux langues officielles de donner accès à l'intimé aux renseignements personnels le concernant. La question qui reste à trancher est de savoir si les affirmations du commissaire permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de Jacqueline Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures du commissaire.

As I have said, s. 22(1)(*b*) is not an absolute exemption clause. The decision of the Commissioner of Official Languages to refuse disclosure under s. 22(1)(*b*) must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the *Privacy Act* provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information (s. 49). The appellant relied primarily on Mr. Langelier's affidavit to establish the reasonable expectation of injury.

60 Comme je l'ai mentionné, l'al. 22(1)*b*) n'est pas une clause d'exclusion absolue. La décision du Commissaire aux langues officielles de refuser la divulgation en application de l'al. 22(1)*b*) doit être appuyée sur des motifs concrets à l'intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu'il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit qu'il appartient à l'institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l'institution fédérale n'arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l'accès aux renseignements personnels (art. 49). L'appelant s'est principalement basé sur l'affidavit de M. Langelier afin de démontrer le risque vraisemblable de préjudice.

2002 SCC 53 (CanLII)

61 I do not believe that Mr. Langelier's statements provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of the interview with Ms. Dubé could reasonably be expected to be injurious to future investigations. Mr. Langelier contends that disclosure would have an injurious effect on future investigations, without proving this to be so in the circumstances of this case. The Commissioner's decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the appellant shows that the Commissioner's decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that Ms. Dubé had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to the Commissioner's investigations the latter might cause. If Ms. Dubé had given permission, the Commissioner would have disclosed the information. The appellant's factum states:

> Jacqueline Dubé did not give permission to disclose to the Respondent the personal information concerning him that was recorded in the course of the interview she gave the OCOL [Office of the Commissioner of Official Languages] [and so] [t]he OCOL did not disclose any of this personal information. [Emphasis added.]

The appellant does not rely on any specific fact to establish the likelihood of injury. The fact that there is no detailed evidence makes the analysis almost theoretical. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the notes of the interview with Ms. Dubé on future investigations, Mr. Langelier tried to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. There are cases in which disclosure of the personal information requested could reasonably be expected to be injurious to the conduct of investigations, and consequently the information could be kept private. There must nevertheless be evidence from which this can reasonably be concluded. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by

Je ne crois pas que les affirmations de M. Langelier permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de M^me^ Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures. Monsieur Langelier prétend que la divulgation aura un effet nuisible sur les enquêtes futures sans en faire une preuve dans les circonstances de l'espèce. Or, la décision du commissaire doit être basée sur des motifs réels et liée au cas précis à l'étude. La preuve déposée par l'appelant démontre que la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement de M^me^ Dubé à la divulgation et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer aux enquêtes du commissaire. Si M^me^ Dubé avait donné son autorisation, le commissaire aurait divulgué les renseignements. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

> Jacqueline Dubé n'a pas donné l'autorisation de communiquer à l'intimé les renseignements personnels le concernant qui ont été consignés au cours de l'entrevue qu'elle a accordée au CoLo [Commissariat aux langues officielles], et celui-ci n'a donc communiqué aucun des renseignements personnels en question. [Je souligne.]

L'appelant n'invoque aucun autre fait précis pour établir le risque vraisemblable de préjudice. L'absence de preuve circonstanciée rend l'analyse presque théorique. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue de M^me^ Dubé sur les enquêtes futures, M. Langelier a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Il existe des cas où la divulgation des renseignements personnels demandés risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes et, par conséquent, ceux-ci pourront être gardés secrets. Encore faut-il que la preuve permette raisonnablement de conclure en ce sens. L'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la *Loi sur la protection des*

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*. The Commissioner must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In the case of Ms. Dubé, the record as a whole does not provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of her interview could reasonably be expected to be injurious to the Commissioner's investigations.

The evidence presented by the intervener is no more persuasive. The intervener submits that it is not necessary for the Commissioner's investigations to be confidential by referring to the affidavit of Gerald Neary, the Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner of Canada, said:

> OCOL argues that providing promises of confidentiality to witnesses in the context of its investigations is both a necessary and consistent part of its alleged role as an ombudsman. However, the nature of the role of the Commissioner of Official Languages is similar to the role of the Privacy Commissioner of Canada. As an Ombudsman, the Privacy Commissioner has found that blanket promises of confidentiality are not necessary in order to preserve the role of ombudsman, or in order to ensure effective investigations. [Emphasis added.]

The Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner is not necessarily the person most suited to determining the best way for investigations to be conducted by the Commissioner of Official Languages. Mr. Neary's affidavit does not establish that he has any expertise in the specific field of official languages. Mr. Langelier, unlike Mr. Neary, has lengthy experience in that field. For a number of years, he worked as the Director of the Complaints and Audits Branch and as a complaints officer in the Office of the Commissioner of Official Languages. When his affidavit was filed, he had over 20 years' experience.

Although the role of the Commissioner of Official Languages is similar to that of the Privacy Commissioner, the two Acts that they are responsible for enforcing, and the situations in which those Acts apply, are different in a number of respects.

renseignements personnels et la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. Dans le cas de M^me^ Dubé, l'ensemble du dossier ne permet pas raisonnablement de conclure que la divulgation de ses notes d'entrevue risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes du commissaire.

62 La preuve déposée par l'intervenant n'est pas pour autant plus convaincante. En effet, l'intervenant soutient que la confidentialité des enquêtes du commissaire n'est pas nécessaire en référant à l'affidavit de M. Gerald Neary, directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée au Canada :

> [TRADUCTION] Le COLO prétend que promettre la confidentialité aux témoins dans le cadre de ses enquêtes est à la fois nécessaire et conforme à son rôle d'ombudsman. Pourtant, le rôle du Commissaire aux langues officielles est semblable par sa nature à celui du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, et, en tant qu'ombudsman, le Commissaire à la protection de la vie privée a constaté qu'il n'était pas nécessaire de faire des promesses générales de confidentialité pour préserver le rôle d'ombudsman ou pour garantir l'efficacité des enquêtes. [Je souligne.]

Le directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée n'est pas nécessairement la personne la plus apte à apprécier la meilleure façon de mener à terme les enquêtes du Commissaire aux langues officielles. L'affidavit de M. Neary ne démontre pas qu'il possède une quelconque expertise dans le domaine particulier des langues officielles. Contrairement à M. Neary, M. Langelier possède une longue expérience dans ce domaine. Il a agi pendant plusieurs années à titre de directeur à la Direction des plaintes et vérifications du Commissariat aux langues officielles et à titre d'agent de plaintes. Au moment du dépôt de l'affidavit, il possédait une expérience de plus de 20 années.

63 Bien que le rôle du Commissaire aux langues officielles s'apparente à celui du Commissaire à la protection de la vie privée, les deux lois dont ils sont chargés d'assurer le respect et leurs circonstances d'application sont différentes à bien des égards. La

2002 SCC 53 (CanLII)

Language is a means of expression proper to an individual. It is the vehicle by which a cultural group transmits its distinct culture and traditions, and it is an essential tool for expressing and communicating ideas. It is not surprising that the history of Canada is marked by a number of conflicts over language, considering the presence of two dominant languages in this country. As A. Braën explained, language is a cultural benchmark that may be the source of conflicts ("Language Rights", in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (1987), 1, at pp. 15-16:

> Language is an essential means of cultural expression and its vitality, according to the Commission [Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism], is a necessary although insufficient condition for the survival of a culture as a whole. However, in a bilingual or multilingual society language will be a constant focus of tensions to the extent [that] it expresses the community interests of cultural or language groups. [Emphasis added.]

On the history of bilingualism in Canada, see: C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, at pp. 1-96, and F. Chevrette and H. Marx, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence* (1982), at pp. 1583-88.

64 In the particular context of employment, the use of an official language by a minority group is a very delicate situation. It may be difficult for an employee to make a complaint for the purpose of having his or her language rights recognized. The employee is in a situation of twofold weakness: he belongs to a minority group, and his relationship with the employer is one of subordination. Instead of tackling these difficulties by asserting his rights, an employee may prefer to conform to the language of the majority. The objective of the *Official Languages Act* is precisely to make that kind of behaviour unnecessary, by enhancing the vitality of both official languages. To facilitate the exercise of language rights, Parliament has expressly provided that investigations will be private and confidential, and has given the Commissioner of Official Languages a mandate to ensure that the Act is enforced. This is the delicate

langue est un moyen d'expression qui appartient à l'individu. Elle permet l'épanouissement de la culture et des traditions propres à un groupe culturel et représente un véhicule privilégié d'expression et de communication de la pensée. Il n'est pas étonnant que l'histoire du Canada soit marquée par plusieurs luttes linguistiques considérant la présence de deux langues dominantes au pays. Comme l'expose A. Braën, la langue est un repère culturel pouvant être à l'origine de conflits (« Les droits linguistiques », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (1986), 1, p. 17 :

> La langue est un mode privilégié d'expression culturelle et sa vitalité est, selon la même Commission [Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme], une condition nécessaire, quoiqu'insuffisante à elle seule, au maintien intégral d'une culture. Elle demeure malgré tout un foyer continu de tensions au sein d'une société bilingue ou multilingue dans la mesure où la langue exprime une communauté d'intérêts propres à un groupe linguistique et culturel. [Je souligne.]

Concernant l'histoire du bilinguisme au Canada, voir : C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, p. 1-96, et F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence* (1982), p. 1583-1588.

Dans le contexte particulier de l'emploi, l'utilisation d'une langue officielle par une minorité est une situation très délicate. Il peut être difficile pour un employé de déposer une plainte visant la reconnaissance de ses droits linguistiques. En effet, l'employé se trouve dans une double situation de faiblesse : il appartient à un groupe minoritaire et il a une relation de subordination vis-à-vis l'employeur. Au lieu d'affronter ces difficultés en faisant valoir ses droits, un employé peut préférer se conformer à la langue de la majorité. Or, la *Loi sur les langues officielles* a justement pour objectif d'éviter ce type de comportement en favorisant l'épanouissement des deux langues officielles. Pour faciliter l'exercice des droits linguistiques, le législateur a expressément prévu le caractère confidentiel et secret des enquêtes et a confié au Commissaire aux langues officielles le mandat de veiller à la mise en application de cette loi. C'est

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

context in which the Commissioner carries out his functions.

Parliament has made the Office of the Commissioner of Official Languages subject to the *Privacy Act*, and only when a government institution is able to justify the exercise of its discretion to refuse disclosure may it do so. In the case before us, the appellant has not succeeded in showing that it is reasonable to maintain confidentiality. For these reasons, I would dismiss the main appeal.

In the cross-appeal, the respondent is seeking disclosure of information other than personal information that is held by the Commissioner in connection with the official languages complaint he made. Mr. Lavigne's request to the Office of the Commissioner of Official Languages is based on s. 12(1) of the *Privacy Act*. Section 12 of that Act provides that only personal information may be requested. I agree with Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal that a person who makes a request under the *Privacy Act* is not entitled to information other than personal information. For those reasons, I would dismiss the cross-appeal.

VII. Conclusion

The main appeal and the cross-appeal are dismissed, without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on the cross-appeal: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

dans ce contexte délicat que le commissaire exerce ses fonctions.

65 Le législateur a assujetti le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ce n'est que lorsque l'institution fédérale peut justifier l'exercice de sa discrétion de refuser la divulgation qu'elle peut le faire. Dans le cas qui nous concerne, l'appelant n'a pas réussi à démontrer qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal.

66 Quant au pourvoi incident, l'intimé cherche à obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels et détenues par le commissaire en rapport avec la plainte qu'il a formulée en matière de langues officielles. La demande de M. Lavigne auprès du Commissariat aux langues officielles est fondée sur le par. 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Or, l'article 12 de cette loi prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être demandés. Je conviens avec le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne permet pas d'obtenir des renseignements autres que personnels. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

VII. Conclusion

67 Le pourvoi principal de même que le pourvoi incident sont rejetés, sans frais.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : McCarthy Tétrault, Ottawa; Le Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

2002 SCC 53 (CanLII)

AGC0606

TAB

6

IN THE MATTER of an application for an order in the nature of *certiorari*;

AND IN THE MATTER of a decision issued and dated October 24, 1985, by the Labour Relations Board;

AND IN THE MATTER of the *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1 as amended;

AND IN THE MATTER of the Rules of Court of Alberta

Marilyn Moysa *Appellant*

v.

The Labour Relations Board *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Alberta and the Centre for Investigative Journalism *Interveners*

INDEXED AS: MOYSA v. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD)

File No.: 20513.

1989: March 20; 1989: June 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Evidence — Privilege — Press — Journalist refusing to testify at a labour relations board hearing — Journalist claiming privilege against the disclosure of communications from sources — Whether journalist has a privilege at common law or under the Canadian Charter to refuse to answer questions involving her sources — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Labour relations board ordering journalist to answer questions involving her sources — Whether compelling journalist to testify violation of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

A week after the appellant, a journalist, wrote an article on the Union organizing campaign at several

DANS L'AFFAIRE d'une demande d'ordonnance de la nature d'un *certiorari*;

ET DANS L'AFFAIRE d'une décision de la Labour Relations Board en date du 24 octobre 1985;

ET DANS L'AFFAIRE de la *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, chap. L-1.1, et modifications;

ET DANS L'AFFAIRE des Rules of Court of Alberta

Marilyn Moysa *Appelante*

c.

The Labour Relations Board *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de l'Alberta et le Centre for Investigative Journalism *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MOYSA c. ALBERTA (LABOUR RELATIONS BOARD)

N° du greffe: 20513.

1989: 20 mars; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

Preuve — Immunité — Presse — Refus d'une journaliste de témoigner à une audience d'une commission des relations du travail — Allégation d'immunité permettant à la journaliste de refuser de divulguer ses sources — La journaliste jouit-elle d'une immunité reconnue par la common law ou par la Charte canadienne lui permettant de refuser de répondre à des questions concernant ses sources? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Ordonnance d'une commission des relations du travail enjoignant à une journaliste de répondre à des questions concernant ses sources — Forcer une journaliste à témoigner viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Une semaine après la parution d'un article de la journaliste appelante sur une campagne de syndicalisa-

1989 CanLII 55 (SCC)

department stores, the Hudson Bay Co. terminated the employment of six employees. The Union alleged that the employees were fired because of their organizing activities and brought an unfair labour practices claim against the Bay. The appellant was summoned to attend the Labour Relations Board hearing. The Union proposed to ask her whether she had spoken with someone at the Bay and, if so, what the details of the conversation were. The appellant objected to being compelled to testify alleging that she has a right to protect her sources of information on the basis of a qualified privilege either at common law or under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Board held that the appellant had no privilege and ordered her to testify. The Alberta Court of Queen's Bench dismissed appellant's application for *certiorari* to quash the Board's decision and the judgment was affirmed by the Court of Appeal. This Court granted appellant's leave to appeal and, pursuant to Rule 32 of the Supreme Court Rules, the parties submitted the following constitutional questions: (1) Does requiring a journalist witness to disclose communications from a source violate s. 2(*b*) of the *Charter*? (2) Does requiring a journalist witness to disclose communications to some other person violate s. 2(*b*) of the *Charter*? and (3) If the answer to either questions (1) or (2) is in the affirmative, can compulsive disclosure be justified under s. 1 of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant has no privilege to refuse to testify before the Board. Even if a qualified form of testimonial privilege exists in Canada, appellant's claim of privilege in this case must be dismissed as she does not fall within any of the possible tests which establish the conditions necessary to justify a refusal to testify. In any event, the Union was primarily interested in the information that the appellant gave to the Bay's official concerning the organizing campaign. This information would not come within the ambit of any qualified privilege with respect to information received from sources.

Despite the importance of ascertaining the extent of the s. 2(*b*) rights, the disposition of this appeal does not require that the constitutional questions be answered. The facts of this case do not warrant an answer to these broad and important constitutional questions. To address the questions would require this Court to make

tion touchant plusieurs magasins à rayons, la Compagnie de la Baie d'Hudson licenciait six employés. Le syndicat a prétendu que les employés avaient été congédiés pour leurs activités de syndicalisation et il a porté plainte pour pratiques déloyales contre La Baie. L'appelante a été assignée à comparaître devant la Labour Relations Board (« la Commission »). Le syndicat entendait l'interroger pour savoir si elle avait parlé avec quelqu'un de La Baie et, dans l'affirmative, pour connaître les détails de cette conversation. L'appelante a refusé, faisant valoir qu'elle ne pouvait être contrainte de témoigner au motif qu'elle avait un droit à la protection de ses sources d'information découlant d'une immunité relative reconnue soit par la *common law*, soit par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Commission a conclu que l'appelante ne jouissait d'aucune immunité et lui a ordonné de témoigner. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rejeté la demande de l'appelante visant à obtenir un *certiorari* pour faire annuler la décision de la Commission et la Cour d'appel a confirmé ce jugement. Cette Cour a accordé une autorisation de pourvoi à l'appelante et, conformément à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées: (1) Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements provenant d'une certaine source viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte*? (2) Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements à une autre personne viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte*? et (3) Si la réponse à la question (1) ou à la question (2) est affirmative, l'obligation de divulguer peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appelante ne jouit pas du privilège de refuser de témoigner devant la Commission. Même si une forme d'immunité testimoniale relative existe au Canada, la demande d'immunité en l'espèce doit être rejetée parce que l'appelante ne répond à aucun des critères possibles qui établissent les conditions nécessaires pour justifier le refus de témoigner. Quoi qu'il en soit, le syndicat s'intéressait avant tout aux renseignements que l'appelante avait donnés aux représentants de La Baie sur les efforts de syndicalisation. Ces renseignements ne sauraient être protégés d'aucune façon par l'immunité relative à l'égard d'informations fournies par des sources.

Bien qu'il soit important de déterminer la portée des droits garantis par l'al. 2*b*), il n'y a pas lieu de répondre aux questions constitutionnelles pour les fins du présent pourvoi. Les faits de la présente espèce ne justifient pas une réponse à ces questions constitutionnelles vastes et importantes. Pour y répondre, cette Cour devrait se

pronouncements well beyond the issues presented in the actual appeal.

Assuming that the right to gather the news is constitutionally enshrined in s. 2(*b*) of the *Charter*, the appellant has not demonstrated that compelling journalists to testify before bodies such as the Labour Relations Board would detrimentally affect journalists' ability to gather information. No evidence was placed before the Court suggesting that such a direct link exists. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, this Court cannot find that there has been a breach of s. 2(*b*) in this case.

Cases Cited

Referred to: *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*b*).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 13 [am. 1983, c. 34, s. 2(6)].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 32 [am. SOR/84-821, s. 1; SOR/87-292, s. 2].

Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159, dismissing appellant's appeal from a judgment of MacCallum J. (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346, which dismissed appellant's application for *certiorari* to quash a decision of the Alberta Labour Relations Board. Appeal dismissed.

A. H. Lefever and *F. S. Kozak*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Douglas Rutherford, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

prononcer bien au-delà des points en litige dans le présent pourvoi.

Même si on présume que le droit de recueillir de l'information est constitutionnellement consacré à l'al. 2*b*), l'appelante n'a pas démontré qu'obliger les journalistes à témoigner devant des organismes comme la Commission nuirait à leur capacité de recueillir de l'information. Aucun élément de preuve soumis à la Cour ne permet de conclure à l'existence d'un lien aussi direct. Faute de preuve d'un lien entre l'atteinte au droit allégué de recueillir de l'information et l'obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, cette Cour ne peut conclure qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'al. 2*b*).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, chap. L-1.1, art. 13 [mod. 1983, chap. 34, art. 2(6)].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32 [mod. DORS/84-821, art. 1; DORS/87-292, art. 2].

Doctrine citée

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'appelante contre un jugement du juge MacCallum (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346, qui rejetait la demande de *certiorari* présentée par l'appelante pour annuler une décision de l'Alberta Labour Relations Board. Pourvoi rejeté.

A. H. Lefever et *F. S. Kozak*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Douglas Rutherford, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

CanLII

AGC0607

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

William Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Richard G. Dearden, for the intervener the Centre for Investigative Journalism.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this case is the right of the appellant, a journalist, to refuse to answer relevant questions in a proceeding before the Alberta Labour Relations Board. The refusal was grounded in part on an alleged right to protect sources of information on the basis of a qualified privilege either at common law or under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant's claim arose in the following manner.

In 1985, an organizing drive by Alberta Food and Commercial Workers Union, Local 401, was ongoing at the Hudson Bay Company in St. Albert. On February 23 of that year, an article written by the appellant entitled "Union Eyes Major Stores" was published in the *Edmonton Journal*. The article referred to the union's organizing efforts at several department stores in the Edmonton and St. Albert area though it did not name the particular stores. Approximately one week later, the Hudson Bay Company terminated the employment of six employees at the St. Albert store.

As a result of these firings, allegations of unfair labour practices were directed against the Hudson Bay Company and formed the subject matter of the Labour Relations Board hearing. The Union claimed that the employees were fired due to their organizing activities. The appellant was summoned to attend pursuant to s. 13 of the *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1. The Union proposed to ask her under oath whether she had spoken with someone at the Hudson Bay Company before writing the article and, if so, what the details were of

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

William Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Richard G. Dearden, pour l'intervenant le Centre for Investigative Journalism.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le litige dans le présent pourvoi vise le droit de l'appelante, une journaliste, de refuser de répondre à des questions pertinentes dans le cadre d'une procédure tenue devant l'Alberta Labour Relations Board (la Commission). Son refus était fondé en partie sur l'existence alléguée d'un droit à la protection des sources d'information qui découlerait d'une immunité relative reconnue soit par la *common law*, soit par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voici les faits qui ont donné lieu à la revendication de ce droit.

En 1985, une campagne de syndicalisation, organisée par la section locale 401 de l'Alberta Food and Commercial Workers Union, était en cours à la Compagnie de la Baie d'Hudson, à St. Albert. Le 23 février, un article, rédigé par l'appelante et intitulé «Union Eyes Major Stores», paraissait dans le *Edmonton Journal*. Il y était question des efforts de syndicalisation que faisait le syndicat auprès des employés de plusieurs magasins à rayons de la région d'Edmonton et de St. Albert, sans mentionner toutefois le nom des magasins visés. Environ une semaine plus tard, la Compagnie de la Baie d'Hudson licenciait six employés du magasin de St. Albert.

À la suite de ces licenciements, des accusations de pratiques déloyales de travail ont été portées contre la Compagnie de la Baie d'Hudson et ont fait l'objet d'une audition devant la Commission. Le syndicat prétendait que les employés avaient été renvoyés pour avoir fait du recrutement. L'appelante a été assignée à comparaître en vertu de l'art. 13 de la *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, chap. L-1.1. Le syndicat entendait l'interroger sous serment pour savoir si elle avait parlé avec quelqu'un de la Compagnie de la Baie d'Hudson avant

1989 CanLII 55 (SCC)

that conversation. The appellant objected to being compelled to testify.

The Labour Relations Board first determined that it possessed the necessary jurisdiction and power to compel the appellant to be sworn and give oral testimony. As well, the evidence that the appellant might give was determined to be relevant. Then in its decision of October 24, 1985, the Board held that neither the common law nor the *Charter* protected the appellant from being sworn and from being compelled to answer questions at a Board hearing.

In determining that the appellant could not rely upon any common law privilege, the Board considered the appellant's argument that a qualified privilege not to testify might be recognized on the basis of four criteria outlined by Wigmore (8 *Wigmore on Evidence*, § 2285 (McNaughton rev. 1961)). These four factors were discussed by this Court in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254. They are the following (at p. 260):

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

The Board held that Wigmore's four criteria were not satisfied in this case. The Board was of the view that the element of confidence was not part of the maintenance of a continuing relationship between the appellant and her source and that the injury resulting from disclosure would not be greater than the benefit.

The Board then proceeded to consider the alleged right to a qualified privilege for reporters under s. 2(*b*) of the *Charter*. The Board examined

d'écrire son article et, dans l'affirmative, pour connaître les détails de cette conversation. L'appelante a refusé, faisant valoir qu'elle ne pouvait être contrainte à témoigner.

La Commission a d'abord décidé qu'elle possédait la compétence et le pouvoir nécessaires pour contraindre l'appelante à prêter serment et à témoigner oralement. Elle a également décidé que le témoignage de cette dernière serait pertinent. Puis, dans sa décision du 24 octobre 1985, la Commission a statué que ni la *common law*, ni la *Charte* ne soustrayaient l'appelante à l'obligation de prêter serment et de répondre à des questions lors d'une audition de la Commission.

Pour décider que l'appelante ne pouvait invoquer aucun privilège issu de la *common law*, la Commission a examiné l'argument de l'appelante selon lequel le droit de ne pas témoigner pouvait lui être reconnu en vertu d'une immunité relative fondée sur les quatre critères énoncés par Wigmore (8 *Wigmore on Evidence*, § 2285 (McNaughton rev. 1961)). Ces quatre facteurs ont été étudiés par cette Cour dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254. Les voici (à la p. 260):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.

(3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.

La Commission a conclu que l'espèce ne répondait pas aux quatre critères établis par Wigmore. Elle estimait en effet qu'aucun caractère confidentiel n'était attaché au maintien de relations continues entre l'appelante et sa source et que le préjudice résultant de la divulgation ne serait pas supérieur à l'avantage qu'on pourrait en retirer.

La Commission a ensuite abordé la question du droit allégué à l'immunité relative que l'al. 2*b*) de la *Charte* donnerait aux journalistes. Elle a exa-

the decision of the United States Supreme Court in *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), which considered whether the guarantee of the freedom of the press under the First Amendment to the American Constitution permits a reporter to refuse to answer questions before a grand jury. White J. for the majority (speaking for four members of the Court) held that the First Amendment accords a reporter no privilege against appearing before a grand jury and answering questions as to either the identity of his or her news sources or information which he or she has received in confidence. In a concurring opinion Powell J. agreed in the result but held that each claim of privilege should be judged on its particular facts by striking a balance between the freedom of the press and the obligation of all citizens to give relevant testimony.

The Labour Board was of the opinion that Powell J. had identified two criteria that need be demonstrated before the government could compel a journalist to testify. The perceived evidence must be crucial to whomever seeks it and the evidence also must be relevant. The Board felt that this was the appropriate test under s. 2(*b*) of the *Charter*. However, on the facts presented before the Board, it was held that the evidence sought from the appellant was crucial to the Union's allegation of unfair labour practices and was also relevant. Further, the Board held that if there is a third requirement that the information not be available from an alternative source it, too, had been satisfied. Therefore, the Board concluded that the appellant could be compelled to testify.

The appellant filed a notice of motion before the Alberta Court of Queen's Bench for an order in the nature of *certiorari*, seeking to quash the October 24, 1985 decision of the Labour Relations Board. On May 9, 1986, MacCallum J. dismissed the motion on the grounds that the appellant had no privilege, either under the common law or under s. 2(*b*) of the *Charter*, to refuse to testify before the Board: (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346. The appellant's appeal to the Alberta Court of

miné l'arrêt *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), dans lequel la Cour suprême des États-Unis a étudié la question de savoir si la liberté de la presse garantie par le Premier amendement de la Constitution américaine permettait à un journaliste de refuser de répondre aux questions posées devant un grand jury. Au nom d'une majorité de quatre juges, le juge White a statué que le Premier amendement ne conférait au journaliste aucune immunité à l'égard de l'obligation de comparaître devant un grand jury et de répondre à des questions concernant l'identité de ses sources ou la teneur des informations reçues confidentiellement. Tout en souscrivant au résultat, le juge Powell a conclu quant à lui que chaque demande d'immunité devait être jugée en fonction des faits particulier de l'espèce, en trouvant un équilibre entre la liberté de la presse, d'une part, et l'obligation pour tous les citoyens de témoigner, d'autre part.

Selon la Commission, le juge Powell avait établi deux critères à satisfaire avant que le gouvernement puisse contraindre un journaliste à témoigner: le caractère crucial de la preuve pour celui qui cherche à l'obtenir et sa pertinence. La Commission a estimé que ces critères étaient conformes à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Toutefois, se fondant sur les faits dont elle était saisie, elle a décidé que la preuve qu'on espérait obtenir par le témoignage de l'appelante était cruciale pour l'allégation de pratique déloyale faite par le syndicat, et qu'elle était également pertinente. La Commission a en outre conclu que s'il y avait une troisième exigence, savoir que l'information ne puisse être obtenue d'une autre source, cette condition était également remplie. La Commission a conclu que l'appelante pouvait être contrainte à témoigner.

L'appelante a déposé un avis de requête auprès de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, en vue d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *certiorari* pour faire annuler la décision que la Commission avait rendue le 24 octobre 1985. Le 9 mai 1986, le juge MacCallum a rejeté la requête au motif que l'appelante n'avait pas le privilège, ni en vertu de la *common law*, ni en vertu de l'al. 2*b*) de la *Charte*, de refuser de témoigner devant la Commission: (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 37, 71 A.R. 70, 28 D.L.R. (4th) 140, 25 C.R.R. 346.

1989 CanLII 55 (SCC)

AGC0607

Appeal was dismissed by McLung J.A. who agreed with the reasoning of MacCallum J. that there was no privilege under either the common law or under s. 2(*b*) of the *Charter*: (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159.

After leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1987, [1987] 2 S.C.R. viii, the following constitutional questions were set on March 30, 1988 pursuant to Rule 32 of the Supreme Court Rules:

1. Does requiring a journalist witness to disclose communications from a source violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Does requiring a journalist witness to disclose communications to some other person violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. If the answer to either questions 1 or 2 is in the affirmative, can compulsive disclosure be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The appellant does not suggest that there is in Canada an absolute right for journalists to claim a privilege not to testify in relation to matters discussed with journalists' sources. Rather, the appellant contends that she should not have been compelled to testify before the Labour Relations Board because she fell within the scope of a qualified testimonial privilege under either common law principles or s. 2(*b*) of the *Charter*. Even if such a qualified testimonial privilege exists in Canada this appeal must be dismissed as the appellant here does not fall within any of the possible tests which have been proposed as establishing the conditions necessary to justify a refusal to testify.

The appellant argued that the four criteria cited by Wigmore and referred to with approval by Spence J. in *Slavutych v. Baker*, *supra*, at p. 260, provide a guide for the operation of a privilege against the disclosure of communications. The Board examined this submission and held that the injury resulting from disclosure was not greater than the benefit and that the evidence was relevant, proper, and necessary to administer the *Labour Relations Act*. As well, the Board held that an element of confidence was not part of the

L'appel interjeté par l'appelante devant la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté par le juge McLung qui, comme le juge MacCallum était d'avis que ni la *common law* ni l'al. 2*b*) de la *Charte* ne conférait le privilège invoqué: (1987), 52 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 118, 43 D.L.R. (4th) 159.

L'autorisation de pourvoi à cette Cour a été accordée le 3 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. viii. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 30 mars 1988, conformément à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême:

1. Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements provenant d'une certaine source viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Obliger un témoin journaliste à divulguer des renseignements à une autre personne viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si la réponse à la question 1 ou à la question 2 est affirmative, l'obligation de divulguer peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appelante ne dit pas que les journalistes au Canada ont le droit absolu d'invoquer le privilège de ne pas témoigner sur l'objet de leurs entretiens avec leurs sources de renseignements. Elle soutient plutôt qu'elle n'aurait pas dû être contrainte à témoigner devant la Commission parce qu'elle bénéficiait d'une immunité testimoniale relative en vertu de la *common law* ou encore de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Cependant, même dans l'hypothèse où une telle immunité existerait au Canada, le présent pourvoi doit être rejeté au motif que l'appelante ne répond à aucun des critères possibles qui ont été proposés comme conditions nécessaires pour justifier le refus de témoigner.

L'appelante a allégué que les quatre critères énoncés par Wigmore et repris par le juge Spence dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité, à la p. 260, servent de guide pour l'application d'un privilège de non-divulgation des communications. Examinant la valeur de cet argument, la Commission a conclu que le préjudice résultant de la divulgation n'était pas supérieur à l'avantage à en retirer et que la preuve était pertinente, appropriée et nécessaire à l'application de la *Labour Relations Act*. La Commission a estimé en outre qu'aucun carac-

AGC0607

continuing relationship between the appellant and the managers at the Hudson Bay Company store in St. Albert. Accordingly, the appellant failed to satisfy several of the necessary criteria propounded by Wigmore. Therefore, even if a qualified form of privilege exists, the appellant's claim on the facts of this case must fail. The Board did not err in dismissing the claim of privilege on this ground.

It is also worth noting that the Labour Board suggests that the Union was primarily interested in the information that the appellant gave to the Company officials concerning the organizing efforts. This information would not come within the ambit of any qualified privilege with respect to information received from sources.

The appellant also argued that s. 2(*b*) of the *Charter* includes the right of the press to seek and receive as well as impart information. The appellant contends that if journalists are compelled to disclose sources then they will lose access to information as news sources "dry up". This hindrance on the ability of the press to gather information is said to violate s. 2(*b*). The discussion of this issue in the courts below resulted in the three constitutional questions being stated. Despite the importance of ascertaining the extent of the s. 2(*b*) rights I am of the opinion that the disposition of this appeal does not require that the constitutional questions be answered.

The mere existence of constitutional questions does not obligate a response on behalf of this Court. Rule 32 of the Supreme Court Rules which requires that questions be stated where the applicability or operability of provincial or federal legislation is involved is intended to insure that all potentially interested parties are afforded an opportunity to address an issue concerning the constitutionality of a particular practice or law. However, this Court in deciding the merits of an appeal is not necessarily bound by the stated questions. Beetz J., speaking for the Court in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, held at p. 71:

tère confidentiel n'était attaché au maintien de relations continues entre l'appelante et les directeurs du magasin de la Compagnie de la Baie d'Hudson à St. Albert. L'appelante n'a pu, par conséquent, satisfaire à plusieurs des critères proposés par Wigmore. Aussi, même s'il existe une forme relative d'immunité, l'appelante ne saurait, vu les faits de l'espèce, avoir gain de cause. La Commission n'a pas commis d'erreur en rejetant sa demande d'immunité pour ce motif.

Il faut également souligner que la Commission prétend que le syndicat s'intéressait avant tout aux renseignements que l'appelante avait donnés aux représentants de la Compagnie sur les efforts de syndicalisation. Or, ces renseignements ne sauraient être protégés d'aucune façon par une immunité relative à l'égard d'informations fournies par des sources.

L'appelante a également fait valoir que l'al. 2*b*) de la *Charte* visait autant le droit de la presse de chercher et de recevoir de l'information que celui de la transmettre. Elle allègue que si les journalistes sont contraints à dévoiler leurs sources, celles-ci vont se «tarir», privant ainsi la presse de l'accès à certaines informations. Cette entrave à l'obtention de renseignements par la presse violerait l'al. 2*b*). C'est en raison de l'examen de cette question par les instances inférieures que les trois questions constitutionnelles ont été formulées. Toutefois, bien qu'il soit important de déterminer la portée des droits garantis par l'al. 2*b*), je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de répondre à ces questions pour les fins du présent pourvoi.

La simple formulation de questions constitutionnelles n'oblige pas cette Cour à y répondre. En effet, l'art. 32 des Règles de la Cour suprême, qui exige que des questions soient formulées lorsque l'applicabilité ou le caractère opérant d'une loi provinciale ou fédérale est en cause, vise à s'assurer que toutes les parties susceptibles d'être intéressées ont l'occasion d'exprimer leur position à l'égard de la constitutionnalité d'une pratique ou d'une loi. Mais lorsqu'elle se prononce sur le bienfondé d'un pourvoi, la Cour n'est pas nécessairement liée par les questions ainsi formulées. Voici ce qu'a déclaré le juge Beetz au nom de la Cour dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71:

1989 CanLII 35 (SCC)

AGC0607

The parties are generally left wide latitude by the Chief Justice or other judges of this Court in formulating the constitutional questions which they submit for approval. However, it does not follow that the Court is bound by these questions, and that it is required to answer them if it may dispose of the appeal without doing so or if it appears that the facts of the case do not provide a basis for such questions. The questions may not be used as a means of transforming an ordinary proceeding into a reference: *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179, at pp. 187-88.

The same opinion was expressed by Dickson J. (as he then was) in *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at p. 121.

If the facts of the case do not require that constitutional questions be answered, the Court will ordinarily not do so. This policy of the Court not to deal with abstract questions is of particular importance in constitutional matters. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 363-65.

I am of the opinion that the facts of this case do not warrant an answer to these broad and important constitutional questions. To address the questions would require that this Court make pronouncements well beyond the issues presented in the actual appeal. The adjudication of the actual dispute does not require the resolution of the abstract questions of law raised in the constitutional questions.

Section 2(*b*) of the *Charter* provides:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (*b*) Freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

In oral argument counsel for the appellant stated that he was not asserting a special constitutional privilege for members of the press beyond that which is available to everyone generally under the right to freedom of expression. However, it was argued that s. 2(*b*) was violated when the appellant was required to testify before the Labour Relations Board and was not permitted by the Board to avail herself of a claim of qualified privilege. The appellant's argument is premised on

Une grande latitude est généralement laissée aux parties par le Juge en chef ou les autres juges de cette Cour dans la formulation des questions constitutionnelles qu'elles leur demandent d'approuver. Il ne s'ensuit pas cependant que la Cour soit liée par ces questions et qu'elle soit obligée d'y répondre si elle peut disposer du pourvoi sans le faire ou s'il s'avère que les faits de la cause ne donnent pas ouverture à de telles questions. On ne saurait en effet, par le truchement de ces questions, transformer un litige ordinaire en un renvoi: *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179, aux pp. 187 et 188.

Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a exprimé la même opinion dans l'arrêt *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, à la p. 121.

La Cour s'abstiendra généralement de répondre aux questions constitutionnelles si les faits de la cause ne l'exigent pas. Cette politique de la Cour de ne pas se prononcer sur des questions abstraites revêt une importance particulière dans les affaires constitutionnelles: voir à ce sujet l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pp. 363 à 365.

Je suis d'avis que les faits de la présente espèce ne justifient pas une réponse à ces questions constitutionnelles vastes et importantes. Pour y répondre, cette Cour devrait en effet se prononcer bien au-delà des points en litige dans le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire, pour trancher le litige, de résoudre les problèmes de droit abstraits que soulèvent ces questions.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* dispose:

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
>
> *b*) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante a affirmé qu'il ne revendiquait pas, pour les membres de la presse, une immunité constitutionnelle spéciale plus grande que celle dont chacun jouit généralement en vertu du droit à la liberté d'expression. Cependant, a-t-il soutenu, il y a eu violation de l'al. 2*b*) lorsque l'appelante a été assignée à témoigner devant la Commission et qu'elle n'a pu se prévaloir d'une immunité relative. Cet argument pose en prémisse que l'al. 2*b*) accorde à la cueil-

AGC0607

s. 2(*b*) according the same protection to the gathering of news as it extends to the dissemination of news. The appellant contends that the ability to gather news is hindered by the failure to extend testimonial privilege to journalists in situations such as the appellant's.

Even if I assume for the moment that the right to gather the news is constitutionally enshrined in s. 2(*b*) the appellant has not demonstrated that compelling journalists to testify before bodies such as the Labour Relations Board would detrimentally affect journalists' ability to gather information. No evidence was placed before the Court suggesting that such a direct link exists. While judicial notice may be taken of self-evident facts, I am not convinced that it is indisputable that there is a direct relationship between testimonial compulsion and a "drying-up" of news sources as alleged by the appellant. The burden of proof that there has been a violation of s. 2(*b*) rests on the appellant. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, I cannot find that there has been a breach of s. 2(*b*) in this case.

In addition, the Labour Relations Board held that the relationship between the appellant and the persons she spoke with at the Hudson Bay Company was not one based on confidence. The protection of confidence was neither sought nor given. The Board also held that the evidence was crucial, relevant and was not available from alternative sources. As well, the Board concluded that the appellant would fail in her claim for qualified privilege based on the test proposed by Powell J. in *Branzburg v. Hayes*, *supra*. Therefore, in my opinion, even if this Court were to adopt Powell J.'s approach to a qualified privilege, on the facts of this case no possible violation of s. 2(*b*) has been made out.

lette de l'information la même protection qu'à sa diffusion. L'appelante soutient en effet que l'absence d'une immunité testimoniale protégeant les journalistes qui se trouvent dans une situation semblable à la sienne pose un obstacle à cette capacité de recueillir de l'information.

Même si je présume pour le moment que le droit de recueillir de l'information est constitutionnellement consacré à l'al. 2*b*), l'appelante n'a pas démontré qu'obliger les journalistes à témoigner devant des organismes comme la Commission nuirait à leur capacité de recueillir de l'information. Aucun élément de preuve soumis à la Cour ne permet de conclure à l'existence d'un lien aussi direct. Bien qu'un tribunal puisse prendre connaissance d'office des faits évidents, je ne suis pas convaincu qu'il existe, comme le prétend l'appelante, une relation directe indiscutable entre l'obligation de témoigner et le tarissement des sources d'information. Or, c'est à l'appelante qu'incombe le fardeau d'établir la violation de l'al. 2*b*). Faute de preuve d'un lien entre l'atteinte au droit allégué de recueillir de l'information et l'obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, je ne puis conclure qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'al. 2*b*).

En outre, la Commission a jugé que les relations établies entre l'appelante et les personnes avec qui elle s'est entretenue à la Compagnie de la Baie d'Hudson n'étaient pas fondées sur la confidentialité, l'assurance de cette protection n'ayant pas été demandée d'une part, ni donnée d'autre part. La Commission a également estimé que la preuve recherchée était d'une importance cruciale, qu'elle était pertinente et qu'elle ne pouvait être obtenue d'une autre source. À son avis donc, l'appelante ne pouvait non plus avoir gain de cause à la lumière des critères énoncés par le juge Powell dans l'arrêt *Branzburg v. Hayes*, précité. Il en résulte, à mon avis, que même si cette Cour devait adopter le raisonnement du juge Powell à l'égard de l'immunité relative, la preuve d'une violation possible de l'al. 2*b*), en fonction des faits de l'espèce, n'a pas été établie.

1989 CanLII 35 (SCC)

AGC0607

Disposition

In these circumstances I am of the opinion that the Board did not err in law in ordering the appellant to answer the questions posed. This does not mean that I necessarily agree that a journalist is entitled to a qualified privilege when asked to testify about sources of information. The record in this case simply does not justify such a conclusion. Furthermore, the factual basis does not raise for determination the constitutional questions which were posed. There are no facts to support the contention that the gathering of information by the media would be threatened in the absence of *Charter* protection.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: William Henkel, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Centre for Investigative Journalism: Gowling & Henderson, Ottawa.

Dispositif

Vu les circonstances, je suis d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en ordonnant à l'appelante de répondre aux questions posées. Cela ne signifie pas que je reconnais nécessairement à un journaliste, à qui on demande de témoigner au sujet de ses sources d'information, le droit à une immunité relative. En l'espèce, la preuve au dossier ne permet tout simplement pas d'arriver à une telle conclusion. De plus, les éléments de fait n'exigent pas qu'une réponse soit donnée aux questions constitutionnelles formulées. Aucun fait ne permet de prétendre que l'absence de protection par la *Charte* empêcherait les médias de recueillir de l'information.

En définitive, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: William Henkel, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Centre for Investigative Journalism: Gowling & Henderson, Ottawa.

1989 CanLII 15 (SCC)

TAB

7

Mohammad Momin Khawaja *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* KHAWAJA

2012 SCC 69

File No.: 34103.

2012: June 11; 2012: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.

Criminal law — Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal

Mohammad Momin Khawaja *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* KHAWAJA

2012 CSC 69

N° du greffe : 34103.

2012 : 11 juin; 2012 : 14 décembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b)(i)(A).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.

Droit criminel — Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).

National security — Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.

After becoming obsessed with Osama Bin Laden and his cause, K communicated with an American who eventually pled guilty to providing material support or resources to Al Qaeda and with the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe. K repeatedly offered them support, provided funds, designed a remote arming device and recruited a woman to facilitate transfers of money. He travelled to Pakistan and attended a small arms training camp, and proposed that a supporter of the terrorist cell be sent to Israel on a suicide mission.

K was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code* (Part II.1). He brought a preliminary motion seeking a declaration that several provisions are unconstitutional. The motion judge held that s. 83.01(1)(*b*)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part "for a political, religious or ideological purpose, objective or cause" (the "motive clause"), was a *prima facie* infringement of s. 2(*a*), (*b*) and (*d*) of the *Charter* that could not be justified under s. 1, and accordingly severed the clause from s. 83.01(1). At trial, since two of the offences — wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others — required knowledge of the U.K. group's bomb plot, which the Crown had failed to establish beyond a reasonable doubt, the trial judge found K guilty of lesser included offences (working on the development of a detonator and keeping an explosive substance). He also convicted K on five

de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmation de cette conclusion par la Cour d'appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont-elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b)(i)(A), 686(1)b)(iii).

Sécurité nationale — Terrorisme — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée en première instance?

Devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes, K a communiqué avec un Américain qui a reconnu par la suite sa culpabilité à des accusations d'appui matériel ou financier à Al-Qaïda et avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres (Royaume-Uni) qui, de pair avec d'autres personnes, a été déclaré coupable de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe. K leur a maintes fois offert son aide, leur a versé de l'argent, a conçu un détonateur à distance et a recruté une femme pour faciliter les transferts de fonds. Il s'est rendu au Pakistan, a participé à un camp d'entraînement au maniement d'armes légères et a proposé de confier à un partisan de la cellule une mission suicide en Israël.

Sept accusations ont été portées contre K en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* (partie II.1). Il a présenté une requête préliminaire pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions. Le juge des requêtes a estimé que la div. 83.01(1)*b*)(i)(A), qui prévoit qu'une activité terroriste est une action ou une omission commise au nom — exclusivement ou non — « d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique » (la « disposition relative au mobile »), portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2*a*), *b*) et *d*) de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Il a donc retranché la disposition du par. 83.01(1). Au procès, comme deux des infractions (avoir eu l'intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l'ordre d'un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exigeaient la preuve de la connaissance du complot d'attentat à la bombe fomenté par la cellule du R.-U., une preuve

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

counts which engage ss. 83.03 (providing or making available property or services for terrorist purposes), 83.18 (participating in or contributing to the activity of a terrorist group), 83.19 (facilitating a terrorist activity) and 83.21 (instructing people to carry out an activity for a terrorist group). The judge sentenced K to 10 and a half years in a penitentiary, gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence, and set parole eligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values. The Court of Appeal held that the motive clause was not unconstitutional and should not have been severed, but dismissed the conviction appeal, applying the curative proviso in s. 686(1)*(b)*(iii) of the *Criminal Code*. It dismissed K's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal and substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole eligibility at 10 years instead of 5.

Held: The appeal should be dismissed.

Constitutionality of the Provisions

K challenges the constitutionality of the legislation on the ground that the motive clause would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions and thus violates s. 2 of the *Charter*. In their companion appeals (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609), S and N also claim that the legislation's purpose violates s. 2 of the *Charter*. They also challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth, under s. 7 of the *Charter*. For convenience, all these constitutional claims are considered in this appeal.

Section 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*. A purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken

que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable. Le juge a déclaré K coupable d'infractions incluses moins graves (avoir travaillé à la conception d'un détonateur et avoir eu en sa possession une substance explosive). Il a par ailleurs déclaré K coupable de cinq chefs qui font intervenir les art. 83.03 (fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes), 83.18 (participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer), 83.19 (faciliter une activité terroriste) et 83.21 (charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste). Il a condamné K à 10 ans et demi d'emprisonnement sans retrancher la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine, et il a fixé à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant avait des remords, désirait s'amender ou s'engageait à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes. La Cour d'appel a statué que la disposition relative au mobile est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée, mais elle a rejeté l'appel formé par K contre sa déclaration de culpabilité, en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)*b*)(iii). Elle a rejeté l'appel à l'encontre des peines interjeté par K, mais accueilli l'appel incident du ministère public et substitué l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle a infligé pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et elle a fixé à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Constitutionnalité des dispositions

K conteste la constitutionnalité de la loi au motif que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions et va de ce fait à l'encontre de l'art. 2 de la *Charte*. Dans leurs pourvois connexes (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609), S et N prétendent également que l'objectif de la loi est contraire à l'art. 2 de la *Charte*. Ils allèguent également l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. Par souci d'ordre pratique, toutes les allégations d'inconstitutionnalité sont analysées dans le présent pourvoi.

L'article 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Suivant une interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18, il ne peut y avoir déclaration de

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

absent any intent to enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The legitimate purpose of the Terrorism section of the *Criminal Code* is to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. This purpose commands a high *mens rea* threshold. To convict under s. 83.18, a judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused specifically intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions. The use of the words "for the purpose of" in s. 83.18 requires a subjective purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The accused must specifically intend his actions to have this general effect. Further, the *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The scope of the provision excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. When the tailored reach of s. 83.18 is weighed against the objective of the law, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

The purpose of the law does not infringe freedom of expression. While the activities targeted by the Terrorism section of the *Criminal Code* are in a sense expressive activities, most of the conduct caught by the provisions concerns acts or threats of violence. Threats of violence, like acts of violence, are excluded from the scope of the s. 2(*b*) guarantee. Moreover, the particular nature of the conduct enumerated in s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A), (B), (C) and (D) justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence represents. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. However, it is not necessary to decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall outside

culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité. L'objet légitime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* est d'offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de punir leurs auteurs. Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 exige d'établir une intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il faut prouver que l'accusé entendait précisément que ses actes aient un tel effet général. De plus, le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 83.18. La portée de la disposition exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'issue d'une telle appréciation fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

L'objectif de la loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Bien que les actes visés par les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* soient en quelque sorte des activités expressives, la plupart des actes qui tombent sous le coup des dispositions constituent des actes de violence ou des menaces de violence. Comme l'acte de violence, la menace de violence ne bénéficie pas de la garantie prévue à l'al. 2*b*). Qui plus est, la nature particulière des actes énumérés aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A), (B), (C) et (D) justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne, de sorte qu'aucun n'est protégé par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Cependant, point n'est besoin de décider de manière générale si

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

the s. 2(*b*) guarantee as a general matter. Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E), which is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure without which life may be seriously disrupted and public health threatened, is also confined to the realm of acts and threats of violence. However, it cannot be ruled out that s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

In this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause (s. 83.01(1)(*b*)(i)(A)) will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views (s. 83.01(1.1)).

Application of the Provisions in This Appeal and Sentencing

The re-insertion of the motive clause by the Court of Appeal did not make K's trial and convictions unfair. The trial judge made a specific finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. Also, the evidence of motive, and K's knowledge that the motive was shared by him and the terrorist cell, was overwhelming and essentially undisputed. There is no air of reality to K's statement that he could have, or would have, testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. In essence, no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal.

The uncontradicted evidence before the trial judge established beyond a reasonable doubt that K's conduct did not fall within the armed conflict exception in s. 83.01(1) *in fine*, which provides that terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, since the armed conflict exception

l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication du droit à la liberté garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)*b*)(ii)(E), qui a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique menacée, ne vise elle aussi que les actes de violence et les menaces de violence. On ne peut toutefois pas exclure la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que la div. 83.01(1)*b*)(ii)(E) réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile (la div. 83.01(1)*b*)(i)(A)) a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique (par. 83.01(1.1)).

Application des dispositions en l'espèce et détermination de la peine

Le rétablissement par la Cour d'appel de la disposition relative au mobile n'a pas rendu inéquitables le procès de K et les déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet. Le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Qui plus est, la preuve du mobile et du fait que K savait que les membres de la cellule terroriste et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. L'affirmation de K selon laquelle il aurait témoigné — ou il aurait pu le faire — afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a pas de vraisemblance. En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce.

La preuve non contredite dont disposait le juge du procès établit hors de tout doute raisonnable l'inapplication à K de l'exception du conflit armé prévue *in fine* la définition d'« activité terroriste » au par. 83.01(1), qui dispose que l'activité terroriste ne s'entend pas de l'action ou de l'omission commise au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, comme

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

functions as a defence, the accused must raise it and make a *prima facie* case that it applies. Here K could not do so, as there was no evidential foundation to support its applicability. The trial judge expressly found that K knew that the terrorist group's activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan and that he supported the terrorist objectives, and the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that K's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that K believed that the group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did.

There is no merit to K's submissions that the convictions are unreasonable. However, the trial judge made critical errors in sentencing. He effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence, and failed to give adequate weight to the ongoing danger K posed to society. While the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis, here the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate. Finally, the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

Cases Cited

Considered: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **distinguished:** *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669; **referred to:** *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

l'exception du conflit armé offre un moyen de défense, l'accusé doit la faire valoir et prouver son application *prima facie*. En l'espèce, K ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'étayait l'applicabilité de l'exception. Le juge du procès conclut expressément que K savait que les activités terroristes du groupe débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe. De solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de K s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que K ait cru que le groupe comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié.

Les prétentions de K selon lesquelles les déclarations de culpabilité sont déraisonnables sont infondées. Cependant, le juge du procès commet de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'impose. Il minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant et ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société. S'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il convient d'accorder à la réinsertion sociale, en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifie une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement. Enfin, l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité. Les principes généraux de la détermination de la peine, dont celui de la totalité, valent pour les infractions de terrorisme.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669; **arrêts mentionnés :** *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.01(1) "terrorist activity", "terrorist group", (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(*b*)(iii), 718(*c*), 718.2, 719.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6165.
Davis, Kevin E. "Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?", in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 299.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).
Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal: Thémis, 2012.
Roach, Kent. "Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271.
Roach, Kent. "The New Terrorism Offences and the Criminal Law", in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 151.
United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/1373, September 28, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk JJ.A.), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, overturning a constitutional ruling by Rutherford J. (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, affirming convictions entered by Rutherford J. (2008),

31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie II.1, art. 83.01(1) « activité terroriste », « groupe terroriste », (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)*b*)(iii), 718*c*), 718.2, 719.
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 95, 1re sess., 37e lég., 16 octobre 2001, p. 6165.
Davis, Kevin E. « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 299.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto : Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).
Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/1373, 28 septembre 2001.
Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal : Thémis, 2012.
Roach, Kent. « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on R. v. Khawaja » (2007), 11 *R.C.D.P.* 271.
Roach, Kent. « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, qui a annulé une décision du juge Rutherford en matière constitutionnelle (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, qui a confirmé les déclarations de

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, and varying sentences imposed by Rutherford J. (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Appeal dismissed.

Lawrence Greenspon and *Eric Granger*, for the appellant.

Croft Michaelson and *Ian Bell*, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Yan Paquette and *Louis-Philippe Lampron*, for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Anil K. Kapoor and *Lindsay L. Davian*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Kent Roach and *Michael Fenrick*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The appellant, Mohammad Momin Khawaja, was convicted of five offences under Part II.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the Terrorism section. He faces a life sentence and a concurrent sentence of 24 years of imprisonment, with a 10-year period of parole ineligibility. He appeals on a variety of grounds, which may be summarized as follows: (1) that the provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* under which he was convicted violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are unconstitutional; (2) that the provisions were misapplied or misinterpreted, resulting in an

culpabilité inscrites par le juge Rutherford (2008), 238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, et qui a modifié les peines infligées par le juge Rutherford (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Pourvoi rejeté.

Lawrence Greenspon et *Eric Granger*, pour l'appelant.

Croft Michaelson et *Ian Bell*, pour l'intimée.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Yan Paquette et *Louis-Philippe Lampron*, pour l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Anil K. Kapoor et *Lindsay L. Davian*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Kent Roach et *Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] L'appelant, Mohammad Momin Khawaja, a été déclaré coupable de cinq infractions sous le régime de la partie II.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (les dispositions sur le terrorisme) (« Loi »). Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité et, concurremment, à 24 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il se pourvoit devant la Cour en invoquant différents moyens qui peuvent être résumés comme suit : (1) les dispositions de la partie II.1 du *Code criminel* en application desquelles il a été déclaré coupable vont à l'encontre

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

unfair trial or an unreasonable verdict; and (3) that the Ontario Court of Appeal erred in imposing his sentence.

[2] For the reasons that follow, I would reject each of the contentions of the appellant. The issues in this appeal overlap with some of the issues in the companion appeals of Sriskandarajah and Nadarajah (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609). For convenience, I will consider all the constitutional issues in these reasons.

II. The Evidence

[3] The facts underlying the offences were largely undisputed. Voluminous email correspondence attested in graphic detail to the appellant's ideological commitment to violent "jihad" and to his acts in Canada and elsewhere to further jihad-inspired terrorist activities.

[4] While living with his siblings in Canada, the appellant became obsessed with Osama Bin Laden and his cause. The appellant began communicating with other people committed to violence in the name of Islam, some of whom he referred to as "the bros". He entered into covert email correspondence with Junaid Babar, an American of Pakistani descent who eventually pled guilty in New York City to five counts of providing material support or resources to Al Qaeda. He also communicated extensively with Omar Khyam, the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe.

[5] The appellant repeatedly offered Khyam and Babar support. He gave Khyam money for an explosives operation in the United Kingdom or elsewhere in Europe. He gave Babar cash, supplies

de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inconstitutionnelles; (2) elles ont été mal appliquées ou mal interprétées, ce qui a donné lieu à un procès inéquitable ou à un verdict déraisonnable; (3) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans la détermination de la peine.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter chacune des prétentions de l'appelant. Les questions en litige dans la présente affaire recoupent celles des pourvois connexes Sriskandarajah et Nadarajah (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609). Par souci pratique, j'examine ci-après toutes les questions constitutionnelles que soulèvent ces affaires.

II. La preuve

[3] Les faits correspondant aux infractions ne sont pas contestés pour l'essentiel. Une volumineuse correspondance électronique atteste sans équivoque l'adhésion idéologique de l'appelant au « jihad » armé et aux activités menées en son nom au Canada et ailleurs dans le monde afin de promouvoir le terrorisme d'inspiration jihadiste.

[4] L'appelant vivait au Canada avec ses frères et sa sœur lorsqu'il est devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes. Il a commencé à communiquer avec d'autres partisans de la violence exercée au nom de l'Islam. Il appelait certains de ses interlocuteurs ses « frères ». Il a correspondu clandestinement par courriel avec Junaid Babar, un Américain de descendance pakistanaise qui a reconnu par la suite à New York sa culpabilité à cinq chefs d'accusation d'appui matériel ou financier à Al-Qaïda. Il a également eu une correspondance soutenue avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres, au Royaume-Uni (le « R.-U. »), Omar Khyam. Ce dernier et d'autres personnes ont été déclarés coupables de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe.

[5] L'appelant a maintes fois offert son aide à Khyam et à Babar. Il a versé de l'argent à Khyam pour financer un attentat à la bombe au R.-U. ou ailleurs en Europe. Il a remis à Babar de l'argent

2012 SCC 69 (CanLII)

and SIM cards so that Babar could contact Khyam when transporting detonators to Europe. He provided funds to support Babar, Khyam and "the bros" in their jihadist efforts. He designed a remote arming device for explosives that he referred to as the "hifidigimonster", and offered to smuggle it into the U.K. and train the U.K. cell on its use. He recruited a woman in Ottawa to facilitate transfers of money. He also offered to procure night goggles for use by the group.

liquide, du matériel et des cartes SIM devant permettre à Babar de communiquer avec Khyam pendant le transport de détonateurs vers l'Europe. Il a en outre fourni des fonds pour appuyer les activités jihadistes de Babar, de Khyam et de ses « frères ». Il a conçu un détonateur à distance qu'il a nommé le « hifidigimonster », puis a offert de le faire entrer clandestinement au R.-U. et d'en apprendre le maniement aux membres de la cellule britannique. Il a recruté une femme à Ottawa pour faciliter les transferts de fonds. Il a également offert de se procurer des lunettes de vision nocturne dont pourraient se servir les membres du groupe.

[6] The appellant travelled to Pakistan alone and with Khyam, and attended Babar's small arms training camp. He made his parents' home in Pakistan available to the "bros". He suggested members of the U.K. group travel to Canada for weapons training. He also proposed to Khyam via email that a supporter of the Khyam group be sent to Israel on a suicide mission.

[6] L'appelant s'est rendu au Pakistan, à l'occasion seul, parfois avec Khyam, et il a participé à un camp d'entraînement au maniement d'armes légères organisé par Babar. Il a mis à la disposition de ses « frères » la résidence de ses parents au Pakistan. Il a proposé que les membres de la cellule du R.-U. se rendent au Canada afin de s'y entraîner au maniement d'armes. Dans un courriel, il a aussi proposé à Khyam de confier à un partisan de sa cellule une mission suicide en Israël.

[7] On March 29, 2004, the RCMP arrested the appellant and searched his house in Orleans, Ottawa. They seized the "hifidigimonster", electronic components and devices, parts suitable for constructing more remote arming devices, documents corroborating the assembly process for the device, instructional literature and tools, military calibre rifles and ammunition, other weapons, hard drives, $10,300 in one-hundred dollar bills, military books and jihad-related books. No blasting caps, other detonators or explosives components were discovered.

[7] Le 29 mars 2004, la GRC a arrêté l'appelant et soumis à une perquisition sa maison située à Ottawa, dans le secteur Orléans. Elle a saisi le « hifidigimonster », des composants et dispositifs électroniques, des pièces permettant de fabriquer d'autres détonateurs à distance, des documents expliquant le processus d'assemblage du dispositif, du matériel d'instruction, des armes, y compris des fusils et des munitions de calibre militaire, des disques durs, la somme de 10 300 $ en billets de cent dollars, des livres sur l'armée et sur le jihad. Nulle capsule détonante ou autre forme de détonateur, ni aucun composant explosif n'ont été découverts.

III. Judicial History

III. L'historique judiciaire

[8] By direct indictment, the appellant was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code*. The appellant brought a preliminary constitutional motion (allowed in part) and a motion for a directed verdict of acquittal (dismissed). He elected to be tried by judge

[8] Par voie de mise en accusation directe, sept accusations ont été portées contre l'appelant en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. L'appelant a présenté une requête préliminaire de nature constitutionnelle (accueillie en partie) et une requête sollicitant un verdict imposé

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

alone, and was convicted on five counts and found guilty of two included offences.

A. *The Pre-trial Charter Challenge (2006), 214 C.C.C. (3d) 399*

[9] Prior to trial, the appellant sought a declaration that several terrorism provisions of the *Criminal Code* (ss. 83.01(1), 83.03(*a*), 83.18, 83.18(1), 83.18(3)(*a*), 83.19, 83.2 and 83.21(1)) are unconstitutional. The motion judge found that the impugned provisions are neither unconstitutionally vague nor overbroad.

[10] However, the motion judge held that s. 83.01(1)(*b*)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part "for a political, religious or ideological purpose, objective or cause" was a *prima facie* infringement of s. 2(*a*), (*b*) and (*d*) of the *Charter*. He found that the effect of this "motive clause" would be "to focus investigative and prosecutorial scrutiny on the political, religious and ideological beliefs, opinions and expressions of persons and groups", which in turn would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions (para. 58). He found that the infringement could not be justified under s. 1 and accordingly severed the motive clause from s. 83.01(1).

B. *The Trial (2008), 238 C.C.C. (3d) 114*

[11] The trial proceeded on the basis that the motive clause was severed from the legislation. The trial judge found the appellant guilty of seven offences.

[12] The trial judge held that the first two counts (wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others) required knowledge of the U.K. group's bomb plot, which the Crown failed to establish beyond a reasonable doubt. Since defence counsel

d'acquittement (rejetée). Après avoir opté pour un procès devant juge seul, il a été déclaré coupable de cinq accusations et de deux infractions incluses.

A. *La contestation constitutionnelle préalable (2006), 214 C.C.C. (3d) 399*

[9] Avant son procès, l'appelant a demandé au tribunal de déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions du *Code criminel* portant sur le terrorisme (par. 83.01(1), al. 83.03*a*), art. 83.18, par. 83.18(1), al. 83.18(3)*a*), art. 83.19, art. 83.2 et par. 83.21(1)). Le juge des requêtes a conclu que ces dispositions n'étaient pas inconstitutionnelles pour cause d'imprécision ou de portée excessive.

[10] Toutefois, il a estimé que la div. 83.01(1)*b*)(i)(A), qui prévoit qu'une activité terroriste est une action ou omission commise au nom — exclusivement ou non — « d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique », portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2*a*), *b*) et *d*) de la *Charte*. À son avis, cette « disposition relative au mobile » [TRADUCTION] « fait porter l'enquête policière et l'examen du poursuivant sur les croyances, les opinions et les idées exprimées par des personnes ou des groupes », ce qui a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions (par. 58). Il conclut que l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier et retranche donc la disposition relative au mobile du par. 83.01(1).

B. *Le procès (2008), 238 C.C.C. (3d) 114*

[11] Au procès, le juge a tenu pour acquis que la disposition relative au mobile était retranchée de la Loi, puis il a déclaré l'appelant coupable de sept infractions.

[12] Le juge du procès conclut que la culpabilité aux deux premiers chefs (avoir eu l'intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l'ordre d'un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exige la preuve de la connaissance du complot d'attentat à la bombe fomenté par la cellule

2012 SCC 68 (CanLII)

had admitted that there was evidence of lesser included offences, the trial judge found the appellant guilty of working on the development of a detonator contrary to s. 81(1)(*a*) of the *Criminal Code* and keeping an explosive substance contrary to s. 81(1)(*d*). He conditionally stayed proceedings on the latter count, under the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). He held that the remaining five counts were not restricted by a requirement that the appellant know the U.K. group was planning a bomb plot. His findings with respect to each count can be summarized as follows:

Count 3: The appellant participated in a terrorist group by taking weapons training at the camp in northern Pakistan for the purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 4: The appellant deceived a young woman into acting as a conduit to pass funds for the purpose of enhancing the ability of the Khyam group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 5: The appellant made his parents' residence in Pakistan available for the use of the Khyam group in pursuit of a common objective of violent jihad, thereby making property available for the purpose of facilitating a terrorist activity or for the benefit of a terrorist group;

Count 6: Everything the appellant did in relation to developing the remote detonator device amounted to participating in or contributing to the activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the group's ability to carry out a terrorist activity; and

Count 7: The appellant knowingly facilitated terrorism by, *inter alia*, transporting money, a

du R.-U., une preuve que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable. L'avocat de la défense ayant reconnu que des éléments établissaient la perpétration d'infractions incluses moins graves, sur le premier chef, le juge déclare l'appelant coupable d'avoir travaillé à la conception d'un détonateur contrairement à l'al. 81(1)*a*) du *Code criminel* et, sur le deuxième chef, d'avoir eu en sa possession une substance explosive, contrairement à l'al. 81(1)*d*). Il suspend conditionnellement la procédure relativement à ce dernier chef en application de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Il conclut que, pour les cinq autres chefs d'accusation, la culpabilité ne dépend pas de ce que l'appelant savait ou non que la cellule britannique planifiait un attentat à la bombe. Voici quelles sont en résumé ses conclusions pour chacun des autres chefs :

Troisième chef : L'appelant a fait partie d'un groupe terroriste en se rendant dans un camp d'entraînement situé dans le nord du Pakistan pour y apprendre le maniement des armes en vue d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Quatrième chef : L'appelant, en recourant à la ruse, a amené une jeune femme à servir d'intermédiaire pour le transfert de fonds dans le but d'accroître la capacité du groupe de Khyam de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Cinquième chef : L'appelant a mis la résidence pakistanaise de ses parents à la disposition du groupe de Khyam en vue de la poursuite d'un objectif commun, à savoir le jihad armé, rendant ainsi des biens disponibles aux fins de faciliter une activité terroriste ou au bénéfice d'un groupe terroriste;

Sixième chef : Tous les actes de l'appelant liés à la mise au point d'un détonateur à distance ont emporté sa participation ou sa contribution à l'activité d'un groupe terroriste dans le but d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste;

Septième chef : L'appelant a sciemment facilité le terrorisme, notamment en remettant à Babar de

2012 SCC 69 (CanLII)

medical kit, SIM cards and invisible ink pens to Babar; offering to acquire equipment; suggesting that Khyam and another group member come to Canada for shooting practice; offering a course in electronics; suggesting that a third party be sent on a suicide mission to Israel; discussing putting his computer skills to work to assist "the bros".

[13] The trial judge found that the U.K. cell qualified as a terrorist group within the meaning of the Terrorism section of the *Criminal Code*. On the basis of judicial notice of facts available, *inter alia*, from documents on the United Nations website, he held that the insurgents' conduct in Afghanistan is terrorist activity, because it results in death and destruction and it is intended to intimidate the Afghan population and diminish support for the legitimate government. Consequently, by preparing for and supporting the insurgency against the coalition forces in Afghanistan, the U.K. cell was facilitating terrorist activity and qualified as a terrorist group. The trial judge held that the appellant "knew he was dealing with a group whose objects and purposes included activity that meets the *Code* definition of terrorist activity" (para. 131).

[14] The trial judge refused to apply the exception for armed conflict in the definition of "terrorist activity" in s. 83.01(1) *in fine*. Pursuant to that subsection, terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The trial judge found that neither the appellant nor any member of the U.K. cell was engaged in armed conflict.

C. *The Sentence (2009), 248 C.C.C. (3d) 233*

[15] The trial judge took into account the mitigating personal circumstances raised by the appellant, but noted that there was no information available respecting his attitude or expected future behaviour, because he had refused to be interviewed for a pre-sentence report. The trial judge held that while

l'argent, une trousse médicale, des cartes SIM et des stylos à l'encre invisible, en offrant de se procurer du matériel, en proposant que Khyam et un autre membre du groupe s'entraînent au tir au Canada, en offrant un cours d'électronique, en proposant qu'un tiers se voit confier une mission suicide en Israël, en envisageant la possibilité de mettre ses compétences en informatique au service de ses « frères ».

[13] Le juge du procès conclut que la cellule britannique constituait un groupe terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. Après avoir pris connaissance d'office de données tirées entre autres de documents disponibles sur le site Web des Nations Unies, il statue que l'activité insurrectionnelle menée en Afghanistan constitue une activité terroriste parce qu'elle sème la mort et la destruction et qu'elle vise à intimider la population afghane et à réduire l'appui dont jouit le gouvernement légitime. Dès lors, en appuyant l'insurrection contre les forces de la coalition en Afghanistan et en se préparant à y prendre part, la cellule britannique facilitait l'activité terroriste et pouvait être considérée comme un groupe terroriste. Le juge statue que l'appelant [TRADUCTION] « savait qu'il avait affaire à un groupe dont la raison d'être englobait l'activité terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* » (par. 131).

[14] Le juge du procès refuse d'appliquer l'exception que prévoit *in fine* la définition d'« activité terroriste » au par. 83.01(1) à l'égard du conflit armé. Suivant cette disposition, l'activité terroriste ne s'entend pas de l'acte (action ou omission) commis au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Le juge conclut que ni l'appelant ni aucun membre de la cellule britannique n'étaient engagés dans un conflit armé.

C. *La peine (2009), 248 C.C.C. (3d) 233*

[15] Le juge du procès prend en compte l'effet atténuant de la situation personnelle de l'appelant, mais il souligne l'absence de données sur l'attitude ou le comportement ultérieur prévisible de l'appelant qui résulte de son refus d'être interrogé aux fins de l'établissement d'un rapport présentenciel.

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

terrorism sentencing must emphasize denunciation, deterrence and protection of the public, the potential for rehabilitation could not be overlooked. He refused to order a life sentence similar to those given to the cell members in the U.K. because he was not persuaded that the appellant was a similar offender in similar circumstances, as opposed to just a willing helper and supporter.

Il conclut que, même si pour déterminer la peine infligée à l'auteur d'un acte de terrorisme, il faut mettre l'accent sur la dénonciation, la dissuasion et la protection du public, la possibilité de la réinsertion sociale doit être considérée. Le juge refuse de condamner l'accusé à la peine dont ont écopé les membres de la cellule du R.-U. — l'emprisonnement à perpétuité —, car il n'est pas convaincu qu'il y a identité de délinquance et de circonstances entre l'appelant et ces derniers. Il estime plutôt que l'appelant n'a été qu'un partisan enthousiaste et dévoué.

[16] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years in a penitentiary. He gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence. He set parole ineligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values.

[16] Le juge du procès condamne l'appelant à 10 ans et demi d'emprisonnement, dont il ne retranche pas la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine. Il fixe à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant a des remords, désire s'amender ou s'engage à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes.

D. *The Court of Appeal, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

D. *La Cour d'appel, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

[17] The Court of Appeal dismissed the appellant's conviction appeal. However, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in finding the motive clause unconstitutional. It stated that expressive activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(*b*) of the *Charter*, since violence is destructive of the very values that underlie the right to freedom of expression. For the same reason, threats of violence are not protected by s. 2(*b*). Thus, the legislation limits a form of expression that is destructive of the principles underlying freedom of expression and, consequently, cannot constitute an infringement of s. 2(*b*). Moreover, the Court of Appeal held that the trial judge's conclusion that the impugned provisions had a chilling effect was founded entirely on speculation, rather than on evidence to the effect that members of the community actually felt constrained in the expression of their beliefs or opinions.

[17] La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. Elle estime cependant que le juge du procès a tort de conclure à l'inconstitutionnalité de la disposition relative au mobile. Pour elle, l'activité expressive qui revêt une forme de violence n'est pas protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*, car la violence sape les valeurs mêmes qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression. Pour la même raison, la menace de violence ne bénéficie pas non plus de la protection constitutionnelle. Partant, la Loi restreint une forme d'expression qui sape les principes sous-jacents à la liberté d'expression et, par conséquent, elle ne saurait porter atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*). En outre, la Cour d'appel statue que la conclusion du juge du procès sur l'effet paralysant des dispositions contestées s'appuie entièrement sur des hypothèses plutôt que sur quelque élément établissant que des membres de la collectivité se sentent effectivement restreints dans l'expression de leurs croyances ou de leurs opinions.

2012 SCC 69 (Can LII)

AGC0608

[18] The Court of Appeal found, as had the trial judge, that the armed conflict exception did not apply to the appellant's conduct. There was no evidence that the appellant or the insurgents in Afghanistan undertook armed conflict *in accordance with international law*. The record showed that the appellant himself viewed the violent jihad he was committed to as unlawful. Moreover, the appellant's actions were directed at supporting terrorist activities inside and outside of the forum of conflict in Afghanistan.

[19] The Court of Appeal stated that the trial judge did not err in taking judicial notice of the nature of hostilities in Afghanistan. Further, the verdicts reached by the trial judge were amply supported by the record at trial and were reasonable.

[20] Finally, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal. The Court substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole ineligibility at 10 years instead of 5.

IV. The Legislation

[21] The *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, part of which now forms Part II.1 of the *Criminal Code*, was passed in 2001, in the aftermath of the Al Qaeda attacks in the United States and Resolution 1373 of the United Nations Security Council, which called on member states to take steps to prevent and suppress terrorist activity (U.N. Doc. S/RES/1373). The purpose of the legislation is to provide a means by which terrorism may be prosecuted and prevented: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248.

[22] While the immediate impetus for the legislation may have been concern following the terrorist

[18] La Cour d'appel convient par ailleurs avec le juge du procès que l'exception du conflit armé ne s'applique pas aux actes reprochés. Nul élément de preuve n'établit que l'appelant ou les insurgés afghans se sont livrés à un conflit armé *conforme au droit international*. Le dossier révèle que l'appelant lui-même considérait que sa participation au jihad armé était illégale. Qui plus est, ses actes visaient à appuyer l'activité terroriste tant sur le territoire afghan, où des combats faisaient rage, qu'à l'extérieur de ce territoire.

[19] Selon la Cour d'appel, le juge du procès n'a pas tort de prendre connaissance d'office de la nature des hostilités qui ont cours en Afghanistan. De plus, les déclarations de culpabilité qu'il inscrit lui paraissent amplement étayées par le dossier et raisonnables.

[20] Enfin, la Cour d'appel rejette l'appel à l'encontre des peines interjeté par l'appelant, mais accueille l'appel incident du ministère public. Elle substitue l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle inflige pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et fixe à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

IV. Les dispositions législatives

[21] La *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, dont une composante constitue désormais la partie II.1 du *Code criminel* a été adoptée en 2001 dans la foulée des attentats d'Al-Qaïda aux États-Unis et de la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies exhortant les États membres à prendre des mesures pour prévenir et réprimer l'activité terroriste (Doc. N.U. S/RES/1373). La Loi est censée offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de les réprimer : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

[22] Bien que son adoption ait pu être accélérée par les attentats du 11 septembre 2001, la Loi

2012 SCC 69 (CanLII)

attacks of September 11, 2001, the legislation has a much broader history and context. As the recitals to the U.N. Resolution make clear, these events were part of an unfolding and escalating international problem. Canada, which had experienced the Air India and Narita bombings, was no stranger to this problem. The legislation is not emergency legislation, but a permanent part of the criminal law of this country: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39.

[23] The appellant says that the definition section of the legislation, s. 83.01(1), offends *Charter* guarantees, notably freedom of religion and freedom of expression. I will at this point describe in general terms the definitions of "terrorist activity" and "terrorist group", and the offences that the provisions create. The full text of the relevant provisions is reproduced in the Appendix.

[24] "Terrorist activity" is defined (i) as an act or omission committed inside or outside Canada that, if committed inside Canada, would constitute one of the *Criminal Code* offences enumerated in s. 83.01(1)(*a*), or (ii) as an act or omission, a conspiracy, an attempt or threat to commit any act or omission, counselling an act or omission and being an accessory after the fact to an act or omission, that causes one of the consequences described in s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A) to (E). These consequences are: causing death or serious bodily harm to a person by the use of violence (clause (A)); endangering a person's life (clause (B)); causing a serious risk to the health or safety of the public or any segment thereof (clause (C)); causing substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in clauses (A) to (C) (clause (D)); or causing serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C) (clause (E)). However, conduct otherwise captured by s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A) to (E) does not

s'inscrit dans un contexte beaucoup plus large, notamment sur le plan historique. Comme en témoignent les attendus de la résolution 1373 des Nations Unies, les événements du 11 septembre participaient d'une menace internationale toujours grandissante. Après les attentats qui avaient fait exploser un appareil d'Air India en plein vol et un sac de voyage à l'aéroport Narita, le Canada était conscient de la menace. La Loi n'est pas une loi d'exception, mais fait bel et bien partie du droit criminel canadien : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 39.

[23] Selon l'appelant, le par. 83.01(1) de la Loi, qui renferme les définitions, contrevient aux garanties de la *Charte*, notamment aux libertés de religion et d'expression. Voici comment sont définis, de manière générale, l'« activité terroriste » et le « groupe terroriste », et quelles sont les infractions créées par la Loi. Le texte intégral des dispositions applicables est reproduit en annexe.

[24] L'« activité terroriste » s'entend (i) d'un acte — action ou omission — commis au Canada ou à l'étranger qui, s'il était perpétré au pays, constituerait l'une des infractions énumérées à l'al. 83.01(1)*a*) ou (ii) d'un acte — action ou omission —, d'un complot, d'une tentative, d'une menace, d'une complicité après le fait ou d'un encouragement à la perpétration, qui a l'une ou l'autre des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A) à (E). Ces conséquences sont les blessures graves d'une personne ou sa mort causées par l'usage de la violence (div. (A)), la mise en danger de la vie d'une personne (div. (B)), l'atteinte grave à la santé ou à la sécurité de tout ou partie de la population (div. (C)), les dommages matériels considérables causés à des biens publics ou privés lorsqu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) en résultera (div. (D)) ou le fait que soient perturbés gravement ou paralysés des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations de désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) (div. (E)). Toutefois, l'acte qui tombe par ailleurs sous le coup des div. 83.01(1)*b*)(ii)(A) à (E) ne constitue pas une

2012 SCC 69 (CanLII)

constitute "terrorist activity" if it falls within the exception for armed conflict conducted in accordance with international law (s. 83.01(1) *in fine*).

[25] Furthermore, the act or omission that causes one of the consequences enumerated in 83.01(1)(*b*)(ii)(A) to (E) only constitutes "terrorist activity" if it is accompanied by the requisite mental state. The act or omission must be done with the intention of causing one of the enumerated consequences. In addition, the act or omission must be done with the ulterior intention of intimidating the public or a segment of the public as regards its security, or to compel a person, a government or an organization — whether inside or outside of Canada — to do or refrain from doing any act (s. 83.01(1)(*b*)(i)(B)). Finally, the act or omission must be done in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause (s. 83.01(1)(*b*)(i)(A)).

[26] "Terrorist group" is defined as a person or group that has as one of its purposes or activities the facilitation or carrying out of any "terrorist activity", or a person or group identified in a regulation adopted under s. 83.05.

[27] Based on these definitions, the legislation goes on to create a number of offences, including:

- Providing or making available property or services for terrorist purposes (s. 83.03) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Participating in or contributing to the activity of a terrorist group (s. 83.18) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Facilitating a terrorist activity (s. 83.19) (maximum term of imprisonment of 14 years);
- Instructing people to carry out an activity for a terrorist group (s. 83.21) (liable to imprisonment for life).

[28] The counts on which the appellant was convicted variously engage all of these offences.

« activité terroriste » lorsqu'il bénéficie de l'exception du conflit armé conforme aux règles applicables du droit international en la matière (par. 83.01(1) *in fine*).

[25] En outre, l'action ou l'omission qui emporte l'une des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A) à (E) ne constitue une « activité terroriste » que si elle s'accompagne de l'état mental voulu, à savoir l'intention de causer l'une de ces conséquences. De plus, l'action ou l'omission doit avoir pour dessein ultérieur d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir (div. 83.01(1)*b*)(i)(B)). Enfin, l'action ou l'omission doit intervenir au nom — exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique (div. 83.01(1)*b*)(i)(A)).

[26] Un « groupe terroriste » s'entend d'une personne ou d'un groupe dont l'un des objets ou l'une des activités consiste à se livrer à des activités terroristes ou à les faciliter, ou d'une personne ou d'un groupe inscrit sur la liste établie en vertu de l'art. 83.05.

[27] Puis, à partir de ces définitions, la Loi crée un certain nombre d'infractions, dont les suivantes :

- Fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes (art. 83.03) (emprisonnement maximal de 10 ans);
- Participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer (art. 83.18) (emprisonnement maximal de 10 ans);
- Faciliter une activité terroriste (art. 83.19) (emprisonnement maximal de 14 ans);
- Charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste (art. 83.21) (emprisonnement à perpétuité).

[28] Les chefs dont l'appelant est déclaré coupable font intervenir toutes ces infractions d'une manière ou d'une autre.

2012 SCC 69 (CanLII)

[29] The terrorism offences attract specific sentencing provisions. Pursuant to s. 83.26, sentences for terrorism offences must be served consecutively. Further, s. 718.2 provides that the commission of a terrorism offence is to be considered an aggravating factor for the purposes of sentencing. Finally, I set out the provisions of the *Charter* relevant to the appeal. The overbreadth argument advanced in the companion appeals is grounded in s. 7 of the *Charter*:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[30] The appellant in this appeal bases his argument that the provisions are unconstitutional on s. 2 of the *Charter*:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

[31] Breaches of *Charter* guarantees can be justified under s. 1, which provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

V. Issues

[32] The issues are as follows:

A. Constitutionality of the provisions:

1. Does s. 83.18 of the *Criminal Code* violate s. 7 of the *Charter*?

(a) The test for overbreadth:

[29] Les infractions de terrorisme emportent l'application de dispositions particulières au chapitre de la détermination de la peine. Suivant l'art. 83.26, les peines infligées sont purgées consécutivement. De plus, l'art. 718.2 dispose que la perpétration d'un acte de terrorisme est considérée comme une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine. Enfin, voici les dispositions de la *Charte* qui sont pertinentes aux fins du pourvoi. La thèse de la portée excessive formulée dans les pourvois connexes prend appui sur l'art. 7 de la *Charte*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[30] Dans la présente affaire, l'appelant fonde sur l'art. 2 de la *Charte* sa prétention selon laquelle les dispositions en cause sont inconstitutionnelles :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

[31] Toute atteinte à une liberté garantie par la *Charte* peut être justifiée au regard de l'article premier, qui dispose :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

V. Les questions en litige

[32] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Constitutionnalité des dispositions;

1. L'article 83.18 du *Code criminel* viole-t-il le droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*?

a) Le critère relatif à la portée excessive;

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

(b) The scope of the law;

(c) The objective of the law;

(d) Are the impugned provisions broader than necessary or is their impact disproportionate?

2. Does the law, specifically the motive clause, infringe s. 2 of the *Charter*?

(a) Unconstitutional purpose;

(b) Unconstitutional effect;

3. Conclusion on the constitutionality of the law;

B. Application of the provisions;

1. Did the deletion and subsequent re-insertion of the motive clause make the trial and convictions unfair?

2. Does the armed conflict exception apply?

3. Were the verdicts unreasonable?

C. Did the Court of Appeal err in overturning the sentence imposed by the trial judge and substituting a term of life imprisonment?

[33] The appellant challenges the constitutionality of the legislation only on one ground: that its chilling effect violates s. 2 of the *Charter*. The appellants in the companion appeals also allege a violation of s. 2 of the *Charter*, and additionally challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth pursuant to s. 7 of the *Charter*.

VI. Analysis

A. *Constitutionality of the Provisions*

1. Does Section 83.18 of the *Criminal Code* Violate Section 7 of the *Charter*?

[34] The appellant challenged the provisions under which he was charged as unconstitutional

b) La portée de la Loi;

c) L'objectif de la Loi;

d) Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?

2. La Loi, à savoir la disposition relative au mobile, porte-t-elle atteinte aux libertés garanties à l'art. 2 de la *Charte*?

a) inconstitutionnalité de l'objet;

b) inconstitutionnalité de l'effet;

3. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions;

B. Application des dispositions;

1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu le procès et les déclarations de culpabilité inéquitables?

2. L'exception du conflit armé s'applique-t-elle?

3. Les verdicts étaient-ils déraisonnables?

C. La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée par le juge du procès et d'y substituer l'emprisonnement à perpétuité?

[33] L'appelant conteste la constitutionnalité de la Loi au seul motif que son effet paralysant violerait les libertés garanties à l'art. 2 de la *Charte*. Dans les pourvois connexes, les appelants allèguent également l'atteinte à la liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*.

VI. Analyse

A. *Constitutionnalité des dispositions*

1. L'article 83.18 du *Code criminel* viole-t-il le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*?

[34] Par voie de requête préalable, l'appelant a contesté la constitutionnalité des dispositions

2012 SCC 69 (CanLII)

for vagueness and overbreadth on a pre-trial constitutional motion. The trial judge rejected this submission and the appellant does not pursue it before this Court. However, s. 83.18 of the *Criminal Code* is challenged for overbreadth in the companion appeals. Since all three cases depend on the ultimate constitutionality of the legislation, I propose to consider all the constitutional arguments, including overbreadth, in these reasons.

[35] It is a principle of fundamental justice that criminal laws not be overbroad. Pursuant to s. 7 of the *Charter*, laws that restrict the liberty of those to whom they apply must do so in accordance with principles of fundamental justice. Criminal laws that restrict liberty more than is necessary to accomplish their goal violate principles of fundamental justice. Such laws are overbroad. The appellants Nadarajah and Sriskandarajah say that the combined effect of the definition of terrorist activity (s. 83.01(1)) and of the provision prohibiting participation in terrorist activity (s. 83.18) results in overbreadth, by criminalizing conduct that creates no risk of harm and is only tenuously connected to Parliament's objective of preventing terrorist activity.

[36] I will first review the legal test for overbreadth. I will then apply this test to the definition of terrorist activity and the prohibition of participation in terrorist activity.

(a) *The Test for Overbreadth*

[37] In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, this Court explained that a law is overbroad if the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective. In determining overbreadth, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislator.

en application desquelles il était accusé au motif qu'elles étaient imprécises et avaient une portée excessive. Le juge du procès a rejeté la prétention, et l'appelant ne la fait plus valoir devant la Cour. Toutefois, dans les pourvois connexes, l'art. 83.18 du *Code criminel* est contesté parce qu'il aurait une portée excessive. Comme l'issue des trois affaires tient en fin de compte à la constitutionnalité de la Loi, je me prononce, dans les présents motifs, sur toutes les allégations d'inconstitutionnalité, dont celle de la portée excessive.

[35] Un principe de justice fondamentale veut que les lois de nature pénale ne doivent pas avoir de portée excessive. Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, la disposition qui restreint le droit à la liberté d'une personne qui y est assujettie doit le faire en conformité avec les principes de justice fondamentale. La disposition criminelle qui restreint le droit à la liberté plus qu'il ne le faut pour atteindre l'objectif qui la sous-tend ne respecte pas ces principes. Sa portée est alors excessive. Dans les pourvois connexes, les appelants Nadarajah et Sriskandarajah font valoir que, ensemble, la définition d'activité terroriste (par. 83.01(1)) et la disposition qui fait de la participation à l'activité terroriste une infraction (art. 83.18) confèrent une portée excessive à la Loi en criminalisant un comportement qui ne crée aucun risque de préjudice et qui n'a qu'un lien ténu avec l'objectif législatif de prévenir l'activité terroriste.

[36] J'examine d'abord le critère juridique relatif à la portée excessive, puis je l'applique à la définition d'activité terroriste et à l'interdiction de participer à une activité terroriste.

a) *Le critère relatif à la portée excessive*

[37] Dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, la Cour explique qu'une loi a une portée excessive lorsque l'État, dans le but d'atteindre un objectif légitime, recourt à des mesures dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre cet objectif. La déférence s'impose à l'égard du législateur lorsqu'il s'agit de déterminer si la mesure qu'il a prise a une portée excessive.

2012 SCC 69 (CanLII)

[38] The appellants argue that the law is overbroad because it is grossly disproportionate to the objective it seeks to achieve. The appellants conflate overbreadth and gross disproportionality. *Heywood* suggested that gross disproportionality was a concept subsumed by overbreadth: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate" (p. 793). However, gross disproportionality seemed to be recognized as a distinct breach of principles of fundamental justice in the marihuana case *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571. Some confusion arises from the fact that *Malmo-Levine*'s companion case *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, could be read as suggesting that gross disproportionality is simply the standard by which overbreadth is measured. Indeed, this Court wrote in *Clay* that "[o]verbreadth . . . addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is *grossly* disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect" (para. 38 (emphasis in original)).

[39] The authorities continue to suggest that overbreadth and gross disproportionality are — at least analytically — distinct. Indeed, Professor Hogg refers to gross disproportionality as the "sister" doctrine of overbreadth (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 47-58). Further, in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court considered overbreadth and gross disproportionality under separate headings (paras. 133-35).

[40] For the purposes of this appeal, I need not decide whether overbreadth and gross disproportionality are distinct constitutional doctrines. Certainly, these concepts are interrelated, although they may simply offer different lenses through which to consider a single breach of the

[38] Les appelants prétendent que la Loi a une portée excessive en ce qu'elle a une incidence totalement disproportionnée à son objet. Ils confondent portée excessive et caractère totalement disproportionné. Dans *Heywood*, la Cour laisse entendre que la seconde notion est subsumée sous la première : « Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793). Toutefois, dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, un arrêt portant sur la possession de marihuana, la Cour semble reconnaître que le caractère totalement disproportionné constitue une atteinte distincte aux principes de justice fondamentale. Une certaine confusion découle du fait que le pourvoi *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735 (connexe à *Malmo-Levine*) permet de conclure que le caractère totalement disproportionné d'une disposition correspond seulement au critère au regard duquel s'apprécie la portée excessive. La Cour y indique en effet que « la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [*totalement*] disproportionné par rapport à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger » (par. 38 (en italique dans l'original)).

[39] La doctrine et la jurisprudence suggèrent toujours que la portée excessive d'une disposition et son caractère totalement disproportionné sont des concepts distincts, du moins sur le plan analytique. En effet, pour le professeur Hogg, le caractère totalement disproportionné est la doctrine [TRADUCTION] « sœur » de la portée excessive (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, p. 47-58). Qui plus est, dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, ces deux atteintes font l'objet de rubriques différentes (par. 133-135).

[40] Dans le présent pourvoi, je ne me prononce pas sur la question de savoir si la portée excessive et le caractère totalement disproportionné correspondent à des doctrines constitutionnelles distinctes. Ce sont certes des concepts interreliés, mais peut-être n'offrent-ils que deux angles différents

2012 SCC 69 (CanLII)

principles of fundamental justice. Overbreadth occurs when the means selected by the legislator are broader than necessary to achieve the state objective, and gross disproportionality occurs when state actions or legislative responses to a problem are "so extreme as to be disproportionate to any legitimate government interest": *PHS Community Services Society*, at para. 133; see also *Malmo-Levine*, at para. 143. In order to address the appellants' s. 7 constitutional challenge, I will (1) examine the scope of the law (2) determine the objective of the law and (3) ask whether the means selected by the law are broader than necessary to achieve the state objective and whether the impact of the law is grossly disproportionate to that objective. Thus, I will examine both overbreadth and gross disproportionality in a single step, without however deciding whether they are distinct constitutional doctrines.

(b) *The Scope of the Law*

[41] Section 83.18(1) criminalizes participation in or contributions to the activities of a terrorist group. It requires for conviction that the accused (a) knowingly (b) participate in or contribute to, (c) directly or indirectly, (d) any activity of a terrorist group, (e) for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Subsection (2) specifies that, in order to secure a conviction, the Crown does not have to prove that (a) the terrorist group actually facilitated or carried out a terrorist activity, that (b) the accused's acts actually enhanced the ability of a terrorist group to do so, or that (c) the accused knew the specific nature of any terrorist activity facilitated or carried out by a terrorist group. As the Ontario Court of Appeal found in *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662:

> . . . s. 83.18 applies to persons who, by their acts, contribute to or participate in what they know to be activities of what they know to be a terrorist group. In

d'appréciation d'un seul et même manquement aux principes de justice fondamentale. Il y a portée excessive lorsque le législateur opte pour un moyen dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État, et il y a disproportion totale lorsque les actes de l'État ou les réponses du législateur à un problème sont « à ce point extrêmes qu'ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement » : *PHS Community Services Society*, par. 133; voir aussi *Malmo-Levine*, par. 143. Pour statuer sur la contestation constitutionnelle des appelants fondée sur l'art. 7, (1) j'examine la portée de la Loi, (2) je détermine l'objectif de la Loi, puis (3) je me demande si le moyen retenu par le législateur a une portée plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État et si la Loi a une incidence totalement disproportionnée à cet objectif. J'examine donc la portée excessive et la disproportion totale en une seule et même étape, sans toutefois statuer s'il s'agit ou non d'atteintes distinctes aux principes de justice fondamentale.

b) *La portée de la Loi*

[41] Le paragraphe 83.18(1) criminalise la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste. Pour être déclaré coupable, l'accusé doit avoir a) sciemment b) participé ou contribué, c) directement ou non, d) à quelque activité d'un groupe terroriste e) dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Le paragraphe (2) précise que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public n'a pas à prouver que a) le groupe terroriste s'est effectivement livré à une activité terroriste ou l'a facilitée, que b) les actes de l'accusé ont effectivement accru la capacité d'un groupe terroriste de ce faire ou que c) l'accusé connaissait la nature exacte de toute activité terroriste à laquelle s'est livré un groupe terroriste ou que ce dernier a facilitée. Comme le conclut la Cour d'appel de l'Ontario dans *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662 :

> [TRADUCTION] . . . l'art. 83.18 vise la personne qui, par ses actes, participe ou contribue consciemment aux activités d'un groupe dont elle connaît les visées

2012 SCC 69 (CanLII)

addition, those acts must be done for the specific purpose of enhancing the ability of that terrorist group to facilitate or carry out activity that falls within the definition of terrorist activity. [para. 28]

[42] The appellants argue that s. 83.18 is overbroad because it captures conduct that does not contribute materially to the creation of a risk of terrorism, such as direct and indirect participation in legitimate, innocent and charitable activities carried out by a terrorist group. They contend that, "[i]n the absence of some explicit disassociation from the group's terrorist ideology, participating in any activity of the group could be viewed as intending to enhance the group's abilities to carry out terrorist activities" (Nadarajah factum, at para. 35 (emphasis added)). Thus, innocent individuals, who may or may not sympathize with the cause of a terrorist group, could be convicted under s. 83.18 purely on the basis of attending a visibility-enhancing event held by the charitable arm of a group that also engages in terrorist activity. Professor Roach has opined that even lawyers and doctors who legitimately provide their professional services to a known terrorist could be convicted under s. 83.18: see K. Roach, "The New Terrorism Offences and the Criminal Law", in R. J. Daniels, P. Macklem and K. Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, at p. 161. According to the appellants, these scenarios demonstrate that the law is overbroad.

[43] The first step in assessing the validity of this argument is to interpret s. 83.18 to determine its true scope: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, *per* Lamer C.J., at para. 10.

[44] The Terrorism section of the *Criminal Code*, like any statutory provision, must be interpreted with regard to its legislative purpose. That purpose is "to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented" (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39) — *not* to punish individuals for innocent, socially

terroristes. De plus, les actes doivent être accomplis dans le but précis d'accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste au sens défini, ou de la faciliter. [par. 28]

[42] Les appelants prétendent que la portée de l'art. 83.18 est excessive parce qu'elle englobe l'acte qui ne contribue pas concrètement à la création du risque de terrorisme, telle la participation, directe ou non, à des activités légitimes, inoffensives ou de bienfaisance menées par un groupe terroriste. Ils font valoir que, [TRADUCTION] « [à] défaut de s'être explicitement dissociée de l'idéologie terroriste du groupe, la personne qui participe à toute activité de ce dernier est susceptible de se voir imputer l'intention d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste » (mémoire de l'appelant Nadarajah, par. 35 (je souligne)). Ainsi, une personne innocente, qu'elle partage ou non les visées terroristes d'un groupe, pourrait être accusée sur le fondement de l'art. 83.18 pour le seul motif qu'elle a assisté à une activité visant à accroître la visibilité organisée par le volet caritatif d'un groupe qui s'adonne par ailleurs au terrorisme. Le professeur Roach estime que même l'avocat ou le médecin qui offre légitimement ses services professionnels à un terroriste connu pourrait tomber sous le coup de l'art. 83.18 : voir K. Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, p. 161. Les appelants soutiennent que ces éventualités étayent leurs allégations de portée excessive de la Loi.

[43] L'appréciation de leur thèse exige d'abord d'interpréter l'art. 83.18 afin d'en déterminer la portée véritable : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, le juge en chef Lamer, par. 10.

[44] Comme toutes autres mesures législatives, les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* doivent être interprétées à la lumière de leur objet, lequel est de « fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme » (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 39) —, *non pas* de punir la personne qui prend part à une

2012 SCC 68 (CanLII)

useful or casual acts which, absent any intent, indirectly contribute to a terrorist activity.

[45] This purpose commands a high *mens rea* threshold. To be convicted, an individual must not only participate in or contribute to a terrorist activity "*knowingly*", his or her actions must also be undertaken "*for the purpose*" of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The use of the words "for the purpose of" in s. 83.18 may be interpreted as requiring a "higher subjective purpose of enhancing the ability of any terrorist group to carry out a terrorist activity": K. Roach, "Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271, at p. 285.

[46] To have the *subjective* purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, the accused must *specifically intend* his actions to have this general effect. The specific nature of the terrorist activity, for example the death of a person from a bombing, need not be intended (s. 83.18(2)(*c*)); all that need be intended is that his action will enhance the ability of the terrorist group to carry out or facilitate a terrorist activity.

[47] The effect of this heightened *mens rea* is to exempt those who may unwittingly assist terrorists or who do so for a valid reason. Social and professional contact with terrorists — for example, such as occurs in normal interactions with friends and family members — will not, absent the specific intent to enhance the abilities of a terrorist group, permit a conviction under s. 83.18. The provision requires subjective fault, as opposed to mere negligent failure to take reasonable steps to avoid unwittingly assisting terrorists: see K. Roach, "Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja", at p. 285. For example, a lawyer who represents a known terrorist may know that, if successful at trial, his client will thereafter pursue

activité inoffensive, socialement utile ou spontanée et contribue sans le vouloir et de manière indirecte à une activité terroriste.

[45] Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, il faut démontrer non seulement que la personne a « *sciemment* » participé ou contribué à l'activité terroriste, mais que ses gestes ont été accomplis « *dans le but* » d'accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 peut donner à penser qu'il incombe au poursuivant d'établir [TRADUCTION] « un degré particulièrement élevé d'intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste » : K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on R. v. Khawaja » (2007), 11 *R.C.D.P.* 271, p. 285.

[46] Pour démontrer que l'accusé avait l'intention *subjective* d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, il faut établir qu'il *entendait précisément* que ses actes aient un tel effet général. Point n'est besoin de prouver l'intention liée à la nature précise de l'activité terroriste, telle la mort d'une personne lors d'un attentat à la bombe (al. 83.18(2)*c*)). Il suffit de prouver l'intention que ses actes accroissent la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

[47] Cette exigence accrue au chapitre de la *mens rea* a pour effet de soustraire à une accusation fondée sur l'art. 83.18 la personne qui prête son appui à un groupe terroriste à son insu ou pour une raison valable. Les rapports sociaux ou professionnels avec des terroristes — lors, par exemple, d'interactions normales avec des amis ou des parents — n'emportent pas la perpétration de l'infraction créée à l'art. 83.18 lorsque l'intention spécifique d'accroître la capacité du groupe terroriste n'est pas démontrée. La disposition exige une faute subjective et non seulement l'omission, par négligence, de prendre des mesures raisonnables pour éviter d'aider involontairement des terroristes : voir K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A

2012 SCC 39 (CanLII)

AGC0608

his contributions to terrorism. However, the lawyer could only be convicted under s. 83.18 if his intent was specifically to enable the client to pursue further terrorist activities, as opposed to simply affording his client a full defence at law.

[48] To convict under s. 83.18, the judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions.

[49] The appellants argue that, even if the scope of s. 83.18 is narrowed by the high *mens rea* requirement, it is still overbroad because it captures conduct that, while perhaps animated by the intent to enhance the abilities of a terrorist group, is essentially harmless. For example, a person who marches in a non-violent rally held by the charitable arm of a terrorist group, with the specific intention of lending credibility to the group and thereby enhancing the group's ability to carry out terrorist activities, is not necessarily contributing to terrorism in any meaningful way. Yet, on the basis of the plain meaning of s. 83.18, that person could be convicted for participating in terrorism.

[50] This argument relies on an incorrect interpretation of s. 83.18. The *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Although s. 83.18(1) punishes an individual who "participates in or contributes to . . . any activity of a terrorist group", the context makes clear that Parliament did not intend for the provision to capture conduct that creates no risk or a negligible risk

Comment on R. v. Khawaja », p. 285. Par exemple, il se peut que l'avocat qui représente un terroriste connu sache que, si son client a gain de cause, il continuera de contribuer au terrorisme. Cependant, l'avocat ne peut être déclaré coupable en application de l'art. 83.18 que s'il a l'intention spécifique de permettre à son client de poursuivre ses activités terroristes, et non s'il entend simplement le faire bénéficier d'une défense pleine et entière devant la justice.

[48] Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la personne avait l'intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes.

[49] Selon les appelants, même si la portée de l'art. 83.18 est circonscrite par l'exigence d'un degré élevé de *mens rea*, elle demeure excessive, car la disposition criminalise le comportement qui, même s'il est motivé par l'intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste, n'en est pas moins foncièrement inoffensif. Par exemple, la personne qui participe à une manifestation pacifique organisée par le volet caritatif d'un groupe terroriste, dans l'intention spécifique de conférer une crédibilité à ce dernier et d'accroître de ce fait la capacité du groupe de se livrer à des activités terroristes, ne contribue pas nécessairement de manière importante au terrorisme. Pourtant, il ressort du sens ordinaire des mots employés à l'art. 83.18 que cette personne pourrait se voir reconnaître coupable de participation à une activité de terrorisme.

[50] Leur thèse tient à une interprétation erronée de la disposition. Le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction. Bien que le par. 83.18(1) sanctionne quiconque « participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue », il ressort du contexte que l'intention du législateur n'était pas de criminaliser le comportement qui présente un

2012 SCC 69 (CanLII)

of harm. Indeed, the offence carries with it a sentence of up to 10 years of imprisonment and significant stigma. This provision is meant to criminalize conduct that presents a real risk for Canadian society.

[51] A purposive and contextual reading of the provision confines "participat[ion] in" and "contribut[ion] to" a terrorist activity to conduct that creates a risk of harm that rises beyond a *de minimis* threshold. While nearly every interaction with a terrorist group carries some risk of indirectly enhancing the abilities of the group, the scope of s. 83.18 excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group *to facilitate or carry out a terrorist activity*.

[52] The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. For example, the conduct of a restaurant owner who cooks a single meal for a known terrorist is not of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: K. E. Davis, "Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?", in *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, 299, at p. 301. By contrast, giving flight lessons to a known terrorist is clearly conduct of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, at p. 6165 (Hon. Anne McLellan).

[53] I conclude that a purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken absent any intent to enhance the abilities of a terrorist

risque négligeable de préjudice ou qui n'en présente aucun. En effet, l'auteur de l'infraction encourt un emprisonnement maximal de 10 ans et s'expose à une stigmatisation importante. Cette disposition a pour objet de criminaliser le comportement qui présente un risque véritable pour la société canadienne.

[51] Suivant une interprétation téléologique et contextuelle de l'art. 83.18, la « particip[ation] » ou la « contribu[tion] » à une activité terroriste ne peut s'entendre que d'un comportement qui présente un risque de préjudice dépassant le seuil minimal. Si presque toute interaction avec un groupe terroriste comporte un certain risque d'accroître indirectement sa capacité malfaisante, la portée de l'art. 83.18 exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste *de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter*.

[52] L'issue d'une telle appréciation fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Par exemple, le restaurateur qui sert un repas à un terroriste connu n'accroît pas sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter : K. E. Davis, « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », dans *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, 299, p. 301. Par contre, donner des leçons de pilotage à un terroriste connu est nettement de nature à accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, nº 95, 1re sess., 37e lég., 16 octobre 2001, p. 6165 (hon. Anne McLellan).

[53] Je conclus de l'interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18 qu'il ne peut y avoir déclaration de culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un

2012 SCC 69 (CanLII)

group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity.

[54] Having determined that the scope of the law is narrower than was argued by the appellants, I turn to the second step of the analysis, the objective of the law.

(c) *The Objective of the Law*

[55] The parties agree that the objective of the terrorism provisions is to prosecute *and prevent* terrorism. The need to prosecute acts that support or assist terrorist activity that may never materialize into acts of terrorism flows from the great harm resulting from terrorism offences, the Crown contends. The appellants agree that it is legitimate for the state to prevent terrorist acts from taking place.

(d) *Are the Impugned Provisions Broader Than Necessary or Is Their Impact Disproportionate?*

[56] Finally, I must ask whether the impugned provisions are broader than necessary to prevent and prosecute terrorism, or have an impact that is grossly disproportionate to that objective.

[57] The appellants argue that, in relation to its objective, s. 83.18 is broader than necessary and has a grossly disproportionate impact because it criminalizes acts (1) which do not disclose a risk of harm, (2) which are not connected to a real or contemplated terrorist act, and (3) which are preliminary to the commission of an inchoate offence. The first two arguments are answered by the limited scope of s. 83.18. As we have seen, conviction under s. 83.18 entails (1) an *actus reus* that excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (2) a high *mens rea* (specific intent to

groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité.

[54] Ayant conclu que la portée de la Loi est moins grande que ne le prétendent les appelants, je passe maintenant au deuxième volet de l'analyse, à savoir l'objectif de la Loi.

c) *L'objectif de la Loi*

[55] Les parties conviennent que l'objectif des dispositions sur le terrorisme est de *prévenir et* de réprimer les actes de terrorisme. Selon le ministère public, la nécessité de réprimer toute facilitation d'une activité terroriste qui ne débouchera peut-être jamais sur une infraction de terrorisme tient à l'ampleur du préjudice associé à celle-ci. Les appelants conviennent que l'État peut légitimement faire obstacle au terrorisme.

d) *Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?*

[56] Enfin, je dois me demander si les dispositions en cause ont une portée plus grande qu'il ne le faut pour prévenir le terrorisme et le réprimer ou si leur incidence est totalement disproportionnée à leur objectif.

[57] Les appelants prétendent que, compte tenu de son objectif, l'art. 83.18 a une portée plus grande que nécessaire et une incidence totalement disproportionnée en ce qu'il criminalise des actes (1) qui ne présentent aucun risque de préjudice, (2) qui ne sont pas liés à un acte de terrorisme réel ou envisagé et (3) qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. On peut opposer aux deux premières prétentions que la portée de l'art. 83.18 est restreinte. Rappelons que la culpabilité à l'infraction créée exige, d'une part, un *actus reus*, qui ne s'entend pas d'un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste

2012 SCC 69 (CanLII)

enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity). The Crown must prove both these elements beyond a reasonable doubt. Conduct that meets both these requirements discloses a non-negligible risk of harm and is sufficiently connected to real or contemplated terrorist activity.

de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter et, d'autre part, un degré élevé de *mens rea* (intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter). Le ministère public doit prouver les deux composantes hors de tout doute raisonnable. L'acte qui satisfait à cette condition présente un risque non négligeable de préjudice et il a un lien suffisant avec une activité terroriste réelle ou envisagée.

[58] As stated above, the appellants' third argument is that the impact of s. 83.18 is grossly disproportionate to Parliament's objective of curbing terrorism because it criminalizes acts that are preliminary to the commission of an inchoate offence. The appellants agree that stopping a terrorist act before it takes place is a legitimate legislative objective. However, they argue that the existing crimes of conspiracy and attempt are sufficient to achieve this objective, and that it is unnecessary and disproportionate to reach back further and criminalize activity that is preliminary or ancillary to those preparatory acts.

[58] Rappelons que la troisième prétention des appelants veut que l'art. 83.18 ait une incidence totalement disproportionnée à l'objectif du législateur d'enrayer le terrorisme en ce qu'il criminalise des actes qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. Les appelants conviennent que l'objectif législatif d'empêcher la perpétration d'actes de terrorisme est légitime. Ils prétendent toutefois que les crimes existants de complot et de tentative permettent d'atteindre cet objectif et qu'il est inutile et disproportionné de ratisser plus large et de criminaliser l'activité préalable ou accessoire à un acte préparatoire.

[59] The appellants rely on this Court's statement in *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669, *per* Fish J., that criminal liability does not attach "to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions" (para. 37). They argue that s. 83.18 goes even further and criminalizes "indirect and fruitless contributions to non-terrorist activities where the intention is to enhance the ability of a group to commit such preliminary acts as conspiring or counselling, even where no terrorist act is facilitated or carried out and the accused is unaware of the specific nature of the act contemplated" (Nadarajah factum, at para. 43).

[59] Les appelants invoquent l'arrêt *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669, où le juge Fish affirme au nom de notre Cour que nul n'engage sa responsabilité criminelle en participant « à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'a jamais été commis et n'a pas même fait l'objet d'une tentative » (par. 37). Ils prétendent que l'art. 83.18 va encore plus loin et criminalise [TRADUCTION] « la contribution indirecte et vaine à une activité non terroriste en vue d'accroître la capacité d'un groupe de commettre un acte préalable comme le complot ou l'encouragement à la perpétration, même lorsqu'aucun acte de terrorisme n'est perpétré ou facilité et que l'accusé ignore la nature exacte de l'acte envisagé » (mémoire de l'appelant Nadarajah, par. 43).

[60] In my opinion, *Déry* does not assist the appellants. First, *Déry* was concerned with interpretation, not constitutional boundaries. Indeed, the reasons contemplate that Parliament could, if it wished, create an offence of attempted conspiracy: "Recognition of attempted conspiracy as

[60] Selon moi, l'arrêt *Déry* n'est d'aucune utilité aux appelants. Premièrement, il y est question d'interprétation, et non de limites constitutionnelles. Il appert en effet des motifs de la Cour que le législateur pourrait à son gré créer une infraction de tentative de complot : « La criminalisation de

2012 SCC 69 (CanLII)

a crime might well capture cases of feigned agreement, but this sort of change in the law is best left to Parliament" (para. 36).

[61] Second, the reason given in *Déry* for not punishing acts preceding the commission of an inchoate offence is that such acts would not be sufficiently proximate to a substantive offence and the harmful conduct that it seeks to address (see paras. 43-46). Here, there is no problem of remoteness from a substantive offence because Parliament has defined the substantive offence, not as a terrorist act, but as acting in ways that enhance the ability of a terrorist group to carry out a terrorist activity.

[62] I return to the central question: Is s. 83.18 broader than necessary or does it have a grossly disproportionate impact, considering that the state objective is the prevention and prosecution of terrorism? It is true that s. 83.18 captures a wide range of conduct. However, as we have seen, the scope of that conduct is reduced by the requirement of specific intent and the exclusion of conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. On the other side of the scale lies the objective of preventing the devastating harm that may result from terrorist activity. When the tailored reach of the section is weighed against the objective, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

[63] I add this. The breadth of the impugned provisions reflects Parliament's determination that "there is substantive harm inherent in all aspects of preparation for a terrorist act because of the great harm that flows from the completion of terrorist acts": *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (Ont. S.C.J.), at para. 60. In the context of the present analysis, it is appropriate to exhibit due deference to this determination. The criminalization under s. 83.18 of a broad range of interactions that have the potential to — and are intended

la tentative de complot pourrait bien permettre de sanctionner les ententes feintes, mais c'est au législateur qu'il appartient d'introduire dans le droit un changement de cette sorte » (par. 36).

[61] Deuxièmement, la raison invoquée dans l'arrêt *Déry* pour ne pas réprimer l'acte préalable à la perpétration d'une infraction préparatoire est l'absence de proximité suffisante entre l'infraction matérielle et la conduite préjudiciable à réprimer (voir les par. 43-46). En l'espèce, le problème de la proximité des deux éléments ne se pose pas, car le législateur définit l'infraction matérielle non pas comme la perpétration d'un acte terroriste, mais bien comme le fait d'agir de manière à accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste.

[62] Je reviens au point central. L'article 83.18 a-t-il une portée plus grande que nécessaire ou une incidence totalement disproportionnée au vu de l'objectif de l'État de prévenir le terrorisme et de le réprimer? Une vaste gamme de comportements est certes visée par la disposition, mais elle est resserrée par l'exigence légale d'une intention spécifique et l'exclusion de l'acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Sur l'autre plateau de la balance, il y a l'objectif de prévenir le préjudice terrible que peut infliger l'activité terroriste. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

[63] J'ajoute que la portée des dispositions contestées résulte de la conclusion tirée par le législateur, à savoir qu'[TRADUCTION] « un préjudice important est inhérent à chacune des facettes de la planification d'un acte terroriste étant donné le grave préjudice causé par celui-ci lorsqu'il est mené à terme » : *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (C.S.J. Ont.), par. 60. Dans le cadre de la présente analyse, il convient de déférer à cette conclusion. La criminalisation à l'art. 83.18 d'une grande variété d'interactions susceptibles d'accroître sensiblement

2012 SCC 69 (CanLII)

to — materially enhance the abilities of terrorist groups is not grossly disproportionate nor overbroad in relation to the objective of prosecuting and, in particular, of preventing terrorism.

[64] For the foregoing reasons, I conclude that s. 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*.

2. Does the Law, Specifically Section 83.01(1)(*b*)(i)(A), Infringe Section 2 of the *Charter*?

(a) *Does the Purpose of the Law Violate Freedom of Expression?*

[65] The appellants in the companion appeals argue that Part II.1 of the *Criminal Code* criminalizes expressive activity and therefore infringes the s. 2 guarantees of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association. A law may limit, or infringe, a right either by its purpose or by its effect. The appellants contend that the terrorism legislation, by its very purpose, limits the rights guaranteed by s. 2 of the *Charter*.

[66] The critical right at issue is freedom of expression, because the s. 2(*b*) argument as framed is the broadest of the *Charter* infringement claims. If freedom of expression is not infringed, on the facts of this case there is no basis to contend that freedom of religion and association are infringed, as the Court of Appeal observed in this appeal (para. 96).

[67] The activities targeted by the legislation — committing a terrorist activity, assisting in the commission of a terrorist activity, enhancing the ability of others to commit a terrorist activity and instructing others in the commission of a terrorist activity — are in a sense expressive activities. However, violent activities are not protected by s. 2(*b*): *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The Crown argues that this extends to all the conduct caught by the terrorism provisions of the *Criminal Code* and that consequently, s. 2(*b*)

la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, et qui visent pareil accroissement, n'est pas totalement disproportionnée à l'objectif de réprimer le terrorisme et, en particulier, de le prévenir, et sa portée n'est pas excessive eu égard à cet objectif.

[64] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*.

2. La Loi, à savoir la div. 83.01(1)*b*)(i)(A), porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 2 de la *Charte*?

a) *L'objectif de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[65] Dans les pourvois connexes, les appelants prétendent que la partie II.1 du *Code criminel* criminalise l'activité expressive et, de ce fait, viole les libertés d'expression, de religion et d'association garanties à l'art. 2. Selon eux, l'objectif ou l'effet d'une loi peut restreindre un droit ou y porter atteinte. Ils ajoutent que les dispositions sur le terrorisme, à cause de leur objectif même, restreignent les droits garantis à l'art. 2 de la *Charte*.

[66] Le principal droit en jeu est celui à la liberté d'expression, car la thèse fondée sur l'al. 2*b*) est celle dont la portée est la plus étendue parmi les allégations de violation de droits constitutionnels. Comme le fait observer la Cour d'appel dans la présente affaire, s'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'expression, on ne saurait soutenir, au vu des faits de l'espèce, qu'il y a violation des libertés de religion et d'association (par. 96).

[67] Les actes visés par la Loi — se livrer à une activité terroriste, aider à sa poursuite, accroître la capacité d'autrui de s'y livrer et charger quiconque de s'y livrer — sont en quelque sorte des activités expressives. Or, l'activité violente n'est pas protégée par l'al. 2*b*) : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Le ministère public prétend que ce principe vaut pour tout acte que répriment les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*, de sorte que les garanties conférées à l'al. 2*b*) ne s'appliquent pas

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

protections do not apply to Part II.1 of the *Criminal Code*.

[68] The appellants accept that activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(*b*). However, they argue that the Court of Appeal noted that this Court has not yet set out "the exact parameters of the violence exception to the broad meaning of expressive activity protected by s. 2(*b*)" (C.A. *Khawaja*, at para. 102). The violence exception, it is argued, should be construed narrowly to exclude from s. 2(*b*) protection only expressive activity that involves actual physical violence.

[69] The trial judge in the companion cases, Pattillo J., held that the violence exception extends to threats and other acts supporting violent activity. The Court of Appeal in this case found it unnecessary to decide the issue, holding that even if conduct captured by the definition of "terrorist activity" fell within s. 2(*b*), the conduct would nevertheless not be protected because it undermines the values underlying the right to freedom of expression — the pursuit of truth, participation in society and individual self-fulfillment.

[70] This Court's jurisprudence supports the proposition that the exclusion of violence from the s. 2(*b*) guarantee of free expression extends to threats of violence: *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 28; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 107; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588. As this Court held in *Greater Vancouver Transportation Authority*, "violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(*b*) guarantee" (para. 28 (emphasis added)). It makes little sense to exclude acts of violence from the ambit of s. 2(*b*), but to confer protection on threats of violence. Neither are worthy of protection. Threats of violence, like violence, undermine the rule of law. As I wrote in dissent in

aux actes que vise la partie II.1 du *Code criminel*.

[68] Les appelants concèdent que l'activité qui consiste à recourir à la violence n'est pas protégée par l'al. 2*b*). Ils font toutefois valoir que notre Cour n'a pas encore été appelée à établir [TRADUCTION] « les paramètres précis de la violence qui ne bénéficie pas de la protection que l'al. 2*b*) accorde à l'activité expressive au sens large » (C.A. *Khawaja*, par. 102). L'exception de la violence devrait selon eux être interprétée strictement afin que seule l'activité expressive qui comporte une véritable violence physique ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2*b*).

[69] Dans les affaires connexes, le juge Pattillo conclut en première instance que l'exclusion de la violence vaut pour la menace et tout autre acte qui vient appuyer l'activité violente. Dans le présent dossier, la Cour d'appel ne juge pas nécessaire de trancher. Elle estime que même si le comportement qui constitue une « activité terroriste » au sens de la Loi bénéficiait de la protection de l'al. 2*b*), il serait quand même privé de la protection de l'al. 2*b*) parce qu'il mine les valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression — la recherche de la vérité, la participation à la société et l'épanouissement personnel.

[70] La jurisprudence de la Cour milite en faveur de l'inapplication de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) non seulement à la violence, mais aussi à la menace de violence : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 28; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588. Comme le dit la Cour dans *Greater Vancouver Transportation Authority*, « l'expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle » (par. 28 (je souligne)). Il est peu logique d'exclure l'acte de violence du champ d'application de l'al. 2*b*), mais de protéger la menace de violence. Ni l'un ni l'autre ne valent d'être protégés. Comme la violence

2012 SCC 69 (CanLII)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, threats of violence take away free choice and undermine freedom of action. They undermine the very values and social conditions that are necessary for the continued existence of freedom of expression (pp. 830-31). I therefore reject that the violence exception to s. 2(*b*) is confined to actual physical violence, without however deciding the precise ambit of the exception. Threats of violence fall outside the s. 2(*b*) guarantee of free expression.

[71] Most of the conduct caught by the terrorism provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* concerns acts of violence or threats of violence. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. The violent nature of the conduct targeted is clear. Part II.1 prohibits acts of serious violence and threats of such acts, which go beyond the scope of protected expressive activity. A "terrorist activity" is defined as an act or an omission that "intentionally" "causes death or serious bodily harm", "endangers a person's life", "causes a serious risk to the health or safety of the public", or "causes substantial property damage . . . likely to result" in these bodily harms: s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A), (B), (C) and (D). These acts, and threats to commit them, constitute serious violence or threats of serious violence, and hence are not protected by s. 2(*b*). The provision also captures counselling, conspiracy and being an accessory after the fact in relation to conduct enumerated in s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A), (B), (C) and (D). I need not decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall within the violence exception to the free expression guarantee *as a general matter*. In the case of the impugned terrorism provisions, however, the conduct enumerated in s. 83.01(1)(*b*)(ii) (A), (B), (C) and (D) rises to a high level of gravity. The particular nature of the enumerated conduct justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence

elle-même, la menace de violence mine la règle de droit. Dissidente dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, j'y opine que la menace de violence prive de la liberté de choix et compromet la liberté d'action. Elle sape les conditions et les valeurs sociales mêmes qui sont essentielles à la pérennité de la liberté d'expression (p. 830-831). Je rejette donc la prétention selon laquelle l'exception à l'application de l'al. 2*b*) pour cause de violence ne s'applique qu'à la violence physique exercée *de facto*, mais je ne me prononce pas sur la portée précise de l'exception. La menace de violence ne bénéficie pas de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

[71] La plupart des actes qui tombent sous le coup de la partie II.1 du *Code criminel* correspondent à des actes de violence ou à des menaces de violence. Ils ne bénéficient donc pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le caractère violent des actes visés est manifeste. La partie II.1 frappe d'interdiction l'acte de violence grave et la menace d'un tel acte qui échappent à la portée de l'activité expressive protégée. L'« activité terroriste » se définit comme un acte (action ou omission) qui, « intentionnellement », « cause des blessures graves [. . .] ou la mort », « met en danger la vie d'une personne », « compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population » ou « cause des dommages matériels considérables [. . .] dans des circonstances telles qu'il est probable » que des lésions corporelles seront causées : div. 83.01(1)*b*) (ii)(A), (B), (C) et (D). Un tel acte ou la menace de le commettre constitue un acte de violence grave ou une menace de violence grave, de sorte qu'il n'est pas protégé par l'al. 2*b*). La disposition vise également l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait en liaison avec un acte énuméré aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A), (B), (C) et (D). Point n'est besoin de décider *de manière générale* si l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication, pour cause de violence, de la garantie de la liberté d'expression. Cependant, dans le cas des dispositions sur le terrorisme contestées, les actes énumérés aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A), (B), (C) et (D) revêtent une grande gravité. La nature particulière

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

represents. Consequently, counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to conduct enumerated in s. 83.01(1)(*b*)(ii)(A), (B), (C) and (D) can find no protection under s. 2(*b*).

de ces actes justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne. Dès lors, l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait qui est lié à un acte mentionné aux div. 83.01(1)*b*)(ii)(A), (B), (C) et (D) ne saurait bénéficier de la protection constitutionnelle prévue à l'al. 2*b*).

[72] More problematic is the extension of the meaning of "terrorist activity" in s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E), which catches "an act or omission . . . that . . . causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)". This provision, it is argued, captures "interference" and "disruption" that involve neither violence nor threats of violence, and that thus may be protected by the free expression guarantee of s. 2(*b*) of the *Charter*.

[72] La division 83.01(1)*b*)(ii)(E), qui étend la définition d'« activité terroriste » de manière à englober l'acte ou l'omission qui « perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) », se révèle plus problématique. On soutient que cette disposition s'applique aux « perturb[ations] » et aux « paralys[ies] » qui ne comportent ni violence ni menace de violence et qui pourraient donc bénéficier de la protection de la liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[73] Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E) is confined to the realm of acts of violence and threats of violence. The clause is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure, upon which people depend, and without which life may be seriously disrupted and public health threatened. First, clause (E) is confined to "serious interference" and "serious disruption". Second, this disruption must be to an "essential service, facility or system". Third, the clause specifically excludes "advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)". Clauses (A) to (C) respectively target death or bodily harm by violence, endangering a person's life and serious risk to the health or safety of the public. This removes from the ambit of clause (E) a large slice of expressive activity, provided it is not aimed at the

[73] Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)*b*)(ii)(E) ne vise que les actes de violence et les menaces de violence. Elle a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables dont dépendent les gens et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique, menacée. Premièrement, la div. (E) ne s'applique qu'à la perturbation grave et à la paralysie. Deuxièmement, il doit s'agir de la paralysie de « services, installations ou systèmes essentiels ». Troisièmement, elle exclut expressément les « revendications, [. . .] protestations ou [. . .] manifestations d'un désaccord ou [. . .] un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) ». Ces divisions visent respectivement les blessures corporelles ou la mort qui résultent de l'usage de la violence, la mise en danger de la vie d'une personne et le fait de compromettre

2012 SCC 69 (CanLII)

violent, dangerous ends contemplated in clauses (A) to (C).

[74] I am not persuaded on the submissions before us that the activities targeted by s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E) fall within the protected zone of free expression. This said, I would not rule out the possibility that s. 83.01(1)(*b*)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

[75] I conclude that the purpose of the law does not infringe freedom of expression.

(b) *Does the Effect of the Law Violate Freedom of Expression?*

[76] The appellants all argue that s. 83.01(1)(*b*)(i)(A), the motive clause, is unconstitutional because (1) it has the effect of chilling the exercise of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association; and (2) it would legitimize law enforcement action aimed at scrutinizing individuals based on their religious, political or ideological beliefs. The trial judge in this case accepted this argument and severed the motive clause; the Court of Appeal disagreed and restored it.

[77] The Crown responds that there is no evidence of a chilling effect on expression or of illegitimate targeting. The respondent further argues that the conduct caught by the provisions is not protected by the s. 2(*b*) guarantee, as it amounts to violence or threats of violence and does not fall within the purposes that underlie the guarantee. If there is no chilling effect with respect to the exercise of freedom of expression, there can be none with respect to freedom of religion or association.

[78] The first question is what sort of evidentiary basis is required to establish that legislation

gravement la santé ou la sécurité de la population, ce qui soustrait à l'application de la div. (E) un large pan de l'activité expressive, à condition qu'elle n'ait pas pour but les situations empreintes de violence mentionnées aux div. (A) à (C).

[74] Les appelants ne me convainquent pas que les activités visées à la div. 83.01(1)*b*)(ii)(E) se situent dans la zone protégée au titre de la liberté d'expression. Cela dit, je n'exclus pas la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que cette disposition réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

[75] Je conclus que l'objectif de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression.

b) *L'effet de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[76] Les appelants prétendent que la div. 83.01(1)*b*)(i)(A), à savoir la disposition relative au mobile, est inconstitutionnelle (1) parce qu'elle a un effet paralysant sur l'exercice des libertés d'expression, de religion et d'association et (2) qu'elle légitime une mesure d'application de la Loi qui soumet des personnes à une surveillance étroite en raison de leurs convictions religieuses, politiques ou idéologiques. Dans la présente affaire, le juge du procès fait droit à sa thèse et retranche de la Loi la disposition relative au mobile. La Cour d'appel exprime l'avis contraire et rétablit la disposition.

[77] Le ministère public rétorque qu'aucun élément ne prouve un effet paralysant sur la liberté d'expression ou un ciblage illégitime. Il ajoute que le comportement visé par la disposition n'est pas protégé par l'al. 2*b*), car il équivaut à perpétrer un acte de violence ou à proférer une menace de violence, ce qui ne fait pas partie de la raison d'être de la garantie constitutionnelle. S'il n'y a pas d'effet paralysant sur l'exercice de la liberté d'expression, il ne peut y en avoir un sur l'exercice des libertés de religion ou d'association.

[78] Il faut d'abord déterminer quel type de preuve est requis pour établir que la loi a un effet

2012 SCC 69 (CanLII)

has a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The appellants say that a chilling effect can be inferred on the basis of logic, common sense and the academic literature, as the trial judge did. The respondent says that there must be proof of a chilling effect in the form of credible empirical or anecdotal evidence, as the Court of Appeal held.

[79] In some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience. For example, no reasonable person would dispute that a law that makes the press liable in damages for responsible reporting on political figures will probably have a chilling effect on what the press says. In such a case, it may be unnecessary to call evidence of a chilling effect. Therefore, if the Court of Appeal is understood as suggesting that a claimant under s. 2 of the *Charter* must always call evidence of a chilling effect, I could not agree.

[80] However, in this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms by people holding religious or ideological views similar to those held by some terrorists. The reasons of the Court of Appeal detail why such an inference cannot be made.

[81] First, a causal connection between the motive clause and the chilling of expression of religious or ideological views has not been demonstrated. The chill in the expression of religious and ideological views referred to by the trial judge flowed from the post-"9/11" climate of suspicion, not from the motive clause in the terrorism legislation.

[82] Second, a chilling effect that results from a patently incorrect understanding of a provision cannot ground a finding of unconstitutionality. Indeed, the motive clause would only have a chilling effect on individuals who have cursory or incomplete knowledge of s. 83.01. Anyone

paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Les appelants soutiennent qu'on peut conclure à l'existence d'un tel effet en se fondant, comme le juge du procès, sur la logique, le bon sens et la doctrine. L'intimé convient pour sa part avec la Cour d'appel que l'existence d'un effet paralysant doit être prouvée au moyen de données empiriques fiables.

[79] Dans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures. Par exemple, toute personne raisonnable conviendrait qu'une loi rendant les journalistes passibles de dommages-intérêts en cas de reportages réalisés de manière responsable sur des hommes ou des femmes politiques aurait probablement un effet paralysant sur le travail journalistique. Dans un tel cas, il peut être inutile de prouver l'effet paralysant. Par conséquent, je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel dans la mesure où elle laisse entendre que la personne qui invoque l'art. 2 de la *Charte* doit toujours prouver l'effet paralysant.

[80] Or, en l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2 par les personnes dont les convictions religieuses ou idéologiques s'apparentent à celles de certains terroristes. Les motifs de la Cour d'appel exposent en détail les raisons pour lesquelles on ne peut tirer une telle inférence.

[81] Premièrement, on n'a démontré aucun lien de causalité entre la disposition relative au mobile et la réticence à exprimer des opinions de nature religieuse ou idéologique. L'effet paralysant sur l'expression de telles opinions dont fait mention le juge du procès découle du climat de méfiance créé par les attentats du 11 septembre 2001, non pas de la disposition de la Loi relative au mobile.

[82] Deuxièmement, l'effet paralysant causé par l'interprétation manifestement erronée d'une disposition ne saurait justifier une conclusion d'inconstitutionnalité. La disposition relative au mobile ne peut en effet avoir d'effet paralysant que sur une personne qui n'a qu'une connaissance superficielle

2012 SCC 69 (CanLII)

who reads the entire provision will take notice of s. 83.01(1.1), which expressly declares that "terrorist activity" within the meaning of the *Criminal Code* does not include the non-violent expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion. Only individuals who go well beyond the legitimate expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion, and instead engage in one of the serious forms of violence — or threaten one of the serious forms of violence — listed in s. 83.01(1)(*b*)(ii) need fear liability under the terrorism provisions of the *Criminal Code*.

ou incomplète de l'art. 83.01. La personne qui lit l'article en entier prend connaissance du par. 83.01(1.1), qui dispose expressément qu'une « activité terroriste » au sens du *Code criminel* ne s'entend pas de l'expression pacifique d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique. Seule la personne qui ne s'en tient pas à l'expression légitime d'une telle pensée, croyance ou opinion et qui se livre plutôt à quelque acte de violence grave énuméré au sous-al. 83.01(1)*b*)(ii) ou qui menace autrui de le faire doit craindre d'engager sa responsabilité sous le régime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*.

[83] Third, any chilling effect that results from police misconduct, such as profiling based exclusively on ethnicity or religious belief, is not a chill created by the terrorism legislation. I agree with the following statement made by the Court of Appeal, at para. 134:

> Nor can improper conduct by the state actors charged with enforcing legislation render what is otherwise constitutional legislation unconstitutional. Where the problem lies with the enforcement of a constitutionally valid statute, the solution is to remedy that improper enforcement, not to declare the statute unconstitutional: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000 SCC 69,] [2000] 2 S.C.R. 1120, . . . at paras. 133-35.

[83] Troisièmement, l'effet paralysant résultant d'une faute policière, tel le profilage fondé uniquement sur l'appartenance ethnique ou la confession religieuse, ne saurait être imputé aux dispositions sur le terrorisme. Je souscris à l'extrait suivant des motifs de la Cour d'appel, au par. 134 :

> [TRADUCTION] Le comportement inapproprié des représentants de l'État qui veillent à l'application de la loi ne peut pas non plus rendre inconstitutionnel ce qui est par ailleurs constitutionnel. Lorsque le problème a trait à l'application d'une loi constitutionnelle, la solution consiste à remédier à l'application inappropriée, et non à déclarer la loi inconstitutionnelle : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000 CSC 69,] [2000] 2 R.C.S. 1120, [. . .] par. 133-135.

Criminal liability should not be based on a person's political, religious or ideological views. Police should not target people as potential suspects solely because they hold or express particular views. Nor should the justice system employ improper stereotyping as a tool in legislation, investigation or prosecution. In the present case, the impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views. It raises no concerns with respect to improper stereotyping.

La responsabilité criminelle d'une personne ne doit pas prendre appui sur ses convictions de nature politique, religieuse ou idéologique. La police ne doit pas soupçonner une personne pour le seul motif que celle-ci a ou exprime telle ou telle conviction. Le système de justice doit également s'abstenir de recourir à l'application inopportune de stéréotypes pour légiférer, faire enquête ou engager une poursuite. En l'espèce, le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique. Il ne fait nullement craindre l'application inopportune de stéréotypes.

[84] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the appellants have not established that

[84] C'est pourquoi je conviens avec la Cour d'appel que les appelants n'ont pas établi l'effet

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

the motive clause has a chilling effect on the exercise of s. 2 liberties and results in an infringement of s. 2 of the *Charter*. The motive clause is constitutional and need not be excised from the law, as the trial judge held. This is not altered by the fact that terrorist legislation in some countries does not contain a motive clause, or by the argument that the clause is unnecessary to the Canadian legislative scheme.

3. Conclusion on the Constitutionality of the Law

[85] I conclude that the impugned provisions do not infringe s. 7 or s. 2 of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

B. *Was the Law Correctly Applied?*

1. Did the Deletion and Subsequent Re-insertion of the Motive Clause Make the Trial and Convictions Unfair?

[86] The trial judge found the motive clause unconstitutional and severed it. The trial proceeded on the basis that this clause was removed from the legislation, and the accused was convicted on the charges from which he appeals. The Court of Appeal held that the motive clause is constitutional and should not have been severed. It nevertheless upheld the convictions under the curative proviso of the *Criminal Code*, s. 686(1)(*b*)(iii), on the ground that the trial judge concluded that motive had been proven in any event.

[87] The appellant argues that the removal and later re-insertion of the motive clause made his trial and the convictions unfair. He argues that he has been convicted of different crimes on appeal than those he faced at trial. The curative proviso cannot be applied, he argues, to errors committed by a trial judge that compromise the fairness of the trial. By convicting the appellant of different charges (i.e. under different provisions) than he faced at trial.

paralysant de la disposition relative au mobile sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2, ni son atteinte aux droits que consacre l'art. 2 de la *Charte*. La disposition est constitutionnelle et n'a pas à être retranchée de la Loi, contrairement à la décision du juge du procès. Ni l'inexistence dans les lois sur le terrorisme de certains pays d'une disposition relative au mobile, ni la thèse de l'inutilité de la disposition contestée dans le régime législatif canadien ne sauraient réfuter cette conclusion.

3. Conclusion sur la constitutionnalité de la Loi

[85] Je conclus que les dispositions contestées ne violent pas les droits garantis aux art. 7 ou 2 de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner l'article premier de celle-ci.

B. *La Loi a-t-elle été appliquée correctement?*

1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu inéquitables le procès et les déclarations de culpabilité?

[86] Le juge du procès tient pour inconstitutionnelle la disposition relative au mobile et il la retranche de la Loi. Il instruit le procès sur cette base et déclare l'accusé coupable des accusations portées. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel statue que la disposition est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée. Elle confirme néanmoins les déclarations de culpabilité en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)*b*)(iii), au motif que le juge du procès a estimé que le mobile était de toute façon prouvé.

[87] L'appelant prétend que le retranchement de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ont rendu inéquitables le procès et les déclarations de culpabilité. Il soutient avoir été déclaré coupable de crimes différents en appel et en première instance. Selon lui, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer aux erreurs du juge de première instance qui compromettent l'équité du procès. En le déclarant coupable d'autres accusations (soit sur

2012 SCC 69 (CanLII)

the Court of Appeal ran afoul of this principle. The appellant says that had motive been an essential element of the offence at trial, he would have testified in his own defence to raise a reasonable doubt.

[88] I cannot accept the appellant's submissions. First, the trial judge made a specific factual finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. At para. 89, he stated:

> . . . I consider my pre-trial ruling [concerning the constitutionality of the motive clause] to have no real effect on the case. I say that because there is such an abundance of evidence that what was being done by Khawaja, Babar, Khyam, and his associates was clearly motivated "in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause." Whether that is an essential ingredient of these offences or not, it has been abundantly proven. [Emphasis added.]

[89] Second, the evidence of motive and the appellant's knowledge that the motive was shared by him and the Khyam terrorist cell was overwhelming and essentially undisputed. The appellant's extremist religious ideology suffused his actions and emails. He literally describes dedicating his life to violent jihad. His own correspondence established beyond dispute that his religious motive was shared by Khyam and the other "bros" in the terrorist cell, and that the appellant was aware of that fact. The appellant's motives were, simply put, beyond reasonable doubt.

[90] Third, there is no air of reality to the appellant's statement that he could have taken the stand and testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. The facts just recited completely undermine the idea that it would have been possible for the appellant to offer testimony putting in doubt his knowledge that the

le fondement de dispositions différentes) que celles considérées au procès, la Cour d'appel serait allée à l'encontre de ce principe. L'appelant affirme que si le mobile avait constitué un élément essentiel de l'infraction au procès, il aurait témoigné pour sa propre défense afin de soulever un doute raisonnable.

[88] Je ne peux faire droit à ces arguments. Premièrement, au chapitre des faits, le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Il dit aussi ce qui suit, au par. 89 :

> [TRADUCTION] . . . j'estime que ma décision préalable [concernant la constitutionnalité de la disposition relative au mobile] n'a pas véritablement d'effet sur l'issue de l'affaire. Et ce, parce que de nombreux éléments prouvent que les actes de Khawaja, de Babar, de Khyam et de leurs acolytes étaient manifestement perpétrés au nom —« exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique ». Qu'il s'agisse ou non d'un élément essentiel de ces infractions, il est clairement prouvé. [Je souligne.]

[89] Deuxièmement, la preuve du mobile et du fait que l'appelant savait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. Les actes et les courriels de l'appelant trahissaient son idéologie religieuse extrémiste. Il dit carrément consacrer sa vie au jihad armé. Sa propre correspondance établit sans l'ombre d'un doute que Khyam et ses autres « frères » de la cellule terroriste partageaient son mobile de nature religieuse et qu'il le savait. En clair, le mobile de l'appelant était établi hors de tout doute raisonnable.

[90] Troisièmement, l'affirmation de l'appelant selon laquelle il se serait présenté à la barre et aurait témoigné afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a aucune vraisemblance. Les éléments susmentionnés écartent toute possibilité que l'appelant témoigne de manière à soulever un doute sur sa

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

Khyam terrorist cell shared his religious motivation and commitment to violent jihad.

[91] Fourth, it is disingenuous of the appellant to claim that, but for the pre-trial ruling on the constitutionality of the motive clause, he would have made different tactical decisions during the course of his trial. Although the pre-trial ruling removed motive as a legal issue, motive remained a live factual issue. Crown evidence regarding motive had the potential to ground inferences with respect to the legal issues of knowledge and intent to enhance the abilities of a terrorist group to carry on or facilitate a terrorist activity. There is simply no credible basis on which to conclude that the appellant's defence would have been conducted differently absent pre-trial severance of the motive clause.

[92] In essence, this is a case where no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal. It is abundantly clear that the trial judge would have convicted with or without the motive clause, and it is irrational to suppose that the overwhelming evidence of religious, political and ideological motivation could have been challenged.

[93] This is an exceptional result, appropriate in the exceptional circumstances of this case. Generally speaking, if an appellate court finds that the offence for which an appellant was convicted includes an additional essential element, fairness would require ordering a new or directed trial. In this particular case, however, this Court can be confident that the appellant suffered no prejudice deserving of a new trial only because the evidence on the additional element of the offence was overwhelming, as indeed the trial judge found, and it is plain that the appellant's strategy would not have changed had the element been recognized at trial.

connaissance du fait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui avaient la même motivation religieuse et le même degré d'engagement dans le jihad armé.

[91] Quatrièmement, l'affirmation de l'appelant selon laquelle, si la disposition relative au mobile n'avait pas été jugée inconstitutionnelle avant le procès, sa stratégie de défense aurait été différente, n'est pas digne de foi. Cette décision préliminaire a certes soustrait le mobile aux questions de droit soulevées, mais non aux questions de fait qui se posaient toujours. La preuve du poursuivant quant au mobile était susceptible de fonder des inférences au chapitre de la connaissance de l'accusé et de son intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il n'y a tout simplement pas de fondement valable pour conclure que l'appelant aurait présenté une défense différente si la disposition sur le mobile n'avait pas été retranchée avant le procès.

[92] En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce. Il ne fait pas de doute que le juge du procès aurait reconnu l'appelant coupable des accusations que la disposition relative au mobile ait existé ou non, et il est illogique de supposer que la preuve accablante du mobile religieux, politique ou idéologique pouvait être repoussée.

[93] Notre décision à ce titre revêt un caractère exceptionnel, mais opportun dans les circonstances elles aussi exceptionnelles de l'espèce. En règle générale, lorsqu'un tribunal d'appel conclut que l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable comprend un élément essentiel supplémentaire, l'équité exige qu'elle ordonne un nouveau procès ou un verdict imposé. Or, dans la présente affaire, la Cour peut avoir la certitude que l'appelant n'a pas subi de préjudice justifiant la tenue d'un nouveau procès, ne serait-ce que parce que la preuve de l'élément supplémentaire de l'infraction était accablante, comme le conclut effectivement le juge du procès, et qu'il est évident que la stratégie de l'appelant n'aurait pas été différente si l'élément avait été retenu au procès.

2012 SCC 69 (CanLII)

[94] I would dismiss the argument that the Court of Appeal erred in applying the curative proviso and upholding the convictions.

2. Does the Armed Conflict Exception Apply?

[95] Counts 3 to 7 arguably dealt with insurgent activities in relation to Afghanistan. The appellant claims that to the extent that his involvement with these activities was shown, he fell within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity. The appellant contends that the onus was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that he did not fall within the armed conflict exception, and that the Crown did not do this.

[96] The trial judge held that the appellant was not engaged in armed conflict, because his conduct did not fall within the definition of the term, and because there was no armed conflict underway in Canada, Pakistan and the United Kingdom, where the alleged acts were carried out. He took judicial notice of the conflict in Afghanistan and of the counter-insurgency against the government and the civilian population. The Court of Appeal affirmed the propriety of taking judicial notice and the finding that the alleged activities did not fall within the armed conflict exception. However, it held that the trial judge erred in holding that the armed conflict exception is restricted to acts or omissions carried out within the territorial limits of an area of armed conflict.

[97] A number of sub-issues emerge. The first is whether the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the armed conflict exception is inapplicable. The second concerns the use of judicial notice to decide whether the alleged acts fall within a particular armed conflict or not. The third is the scope of the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

[98] On the burden of proof, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that

[94] Je suis d'avis de rejeter la prétention voulant que la Cour d'appel ait eu tort d'appliquer la disposition réparatrice et de confirmer les déclarations de culpabilité.

2. L'exception relative au conflit armé s'applique-t-elle?

[95] Il est possible de soutenir que les chefs d'accusation 3 à 7 ont trait à des activités insurrectionnelles en Afghanistan. L'appelant prétend que, dans la mesure où sa participation à ces activités est démontrée, il bénéficie de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé. Il ajoute qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'en bénéficie pas, ce dont il ne s'est pas acquitté.

[96] Le juge du procès conclut que l'appelant n'a pas participé à un conflit armé parce que ses actes ne répondaient pas à la définition pertinente et qu'il n'y avait pas de conflit armé au Canada, au Pakistan et au Royaume-Uni, les pays dans lesquels les actes reprochés ont eu lieu. Il prend connaissance d'office du conflit en Afghanistan et de la contre-insurrection dirigée contre le gouvernement et la population civile. La Cour d'appel opine qu'il y avait lieu de recourir à la connaissance d'office et de conclure que les activités reprochées ne s'inscrivaient pas dans un conflit armé. Elle statue toutefois que le juge du procès a tort de conclure que l'exception du conflit armé ne vaut que pour les actions ou les omissions qui interviennent à l'intérieur des limites territoriales où sévit un conflit armé.

[97] Un certain nombre de sous-questions se posent. Premièrement, le ministère public doit-il prouver hors de tout doute raisonnable l'inapplication de l'exception du conflit armé? Deuxièmement, y a-t-il lieu de recourir à la connaissance d'office pour décider si les actes reprochés ont été accomplis ou non dans le cadre d'un conflit armé? Troisièmement, quelle est la portée de l'exception du conflit armé prévue dans la définition d'activité terroriste?

[98] En ce qui concerne le fardeau de preuve, il incombe au ministère public de prouver hors de

2012 SCC 69 (CanLII)

the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity. The ultimate burden of showing this is on the Crown, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, the armed conflict exception functions as a defence. The accused must raise the exception and make a *prima facie* case that it applies. In the present appeal, the accused could not make a *prima facie* case that the exception applied, as there was no evidential foundation to support its applicability. There was simply no air of reality to the claim that the armed conflict exception applied.

[99] On the second issue, I agree with the courts below that judicial notice could be taken of the ongoing war in Afghanistan and the counter-insurgency acts in that country which, subject to the armed conflict exception, meet the definition of terrorist activity. These facts were beyond contestation, and thus meet the test for judicial notice.

[100] The critical question in this case is whether the conduct of the appellant, as found by the trial judge, falls within the scope of the armed conflict exception. Like the courts below, I conclude that it did not. The purpose of the armed conflict exception is to exempt conduct taken during an armed conflict in accordance with applicable international law. There is no evidential foundation for the application of this exception in the present case: the conduct cannot be said to have been taken solely in support of an armed conflict, nor was it in accordance with applicable international law.

[101] First, the trial judge expressly found that the appellant knew that the Khyam group's terrorist activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan, and supported these terrorist objectives (paras. 130-31). Thus, the appellant's actions were not "directed solely at supporting the insurgency in Afghanistan" (C.A., at para. 168). Even if the appellant's efforts with respect to Afghanistan could be considered part of an armed conflict governed by international law, the verdicts would stand.

tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste. C'est à lui de le prouver, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, l'exception du conflit armé offre un moyen de défense. L'accusé doit la faire valoir et prouver *prima facie* qu'elle s'applique. Dans le présent dossier, l'accusé ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'étayait l'applicabilité de l'exception. L'application de l'exception du conflit armé n'était tout simplement pas vraisemblable.

[99] En ce qui concerne le deuxième point, je conviens avec les tribunaux inférieurs qu'on pouvait prendre connaissance d'office de la guerre en cours en Afghanistan et des activités de contre-insurrection qui y ont lieu et qui, sous réserve de l'exception du conflit armé, répondent à la définition d'activité terroriste. Ces faits ne peuvent être contestés et satisfont donc aux exigences de la connaissance d'office.

[100] En l'espèce, il est crucial de savoir si l'exception du conflit armé s'applique aux actes accomplis par l'appelant, selon le juge du procès. À l'instar des tribunaux inférieurs, je réponds par la négative. Cette exception vise à exclure les actes commis dans le cadre d'un conflit conformément au droit international applicable. L'application de cette exception en l'espèce n'a pas de fondement dans la preuve : on ne peut affirmer que les actes ont été accomplis uniquement à l'appui d'une partie à un conflit armé, ni conformément au droit international applicable.

[101] D'abord, le juge du procès conclut expressément que l'appelant savait que les activités terroristes du groupe de Khyam débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe (par. 130-131). Partant, ses actes ne [TRADUCTION] « visaient [pas] uniquement à appuyer l'insurrection en Afghanistan » (C.A., par. 168). Même si les activités de l'appelant liées à ce pays pouvaient être imputées à un conflit armé régi par le droit international, les verdicts demeureraient inchangés.

2012 SCC 69 (CanLII)

[102] Second, the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that the appellant's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that the appellant believed that the Khyam group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did. The evidence showed only that "the appellant was a fervent purveyor of hatred, anti-Semitism, religious bigotry and adulation for mass atrocities, who was making detonators, and providing other support, for 'amazing bros . . . who felt the same way'" (R.F., at para. 39). The violent jihadist ideology espoused by the appellant in his numerous communications is fundamentally incompatible with international law. The Geneva Conventions prohibit acts aimed at spreading terror amongst civilian populations, which are considered war crimes. The appellant, by contrast, did what he did in support of a group whose credo was to take arms against whoever supports non-Islamic regimes and that recognized that suicide attacks on civilians may sometimes be justified by the ends of jihad.

[103] This was the evidence before the trial judge. Uncontradicted, it established beyond a reasonable doubt that the appellant's conduct did not fall within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

3. Were the Verdicts Unreasonable?

[104] The appellant contends that the convictions for counts 3 to 7 are unreasonable for three reasons: (1) the Crown failed to establish his knowledge of the U.K. bomb plot; (2) there is no evidence that he knew that the Khyam group was a terrorist group; and (3) the Crown failed to prove the necessary particulars of these counts.

[105] These submissions are without merit. Counts 3 to 7 were not confined to the U.K. bomb plot. The trial judge appropriately convicted the appellant only of included offences of making an explosive with respect to the U.K. plot (counts 1

[102] Ensuite, de solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de l'appelant s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que l'appelant ait cru que le groupe de Khyam comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié. La preuve établit uniquement que [TRADUCTION] « l'appelant propageait avec ardeur haine, antisémitisme et fanatisme religieux, qu'il idéalisait la perpétration d'atrocités massives, qu'il fabriquait des détonateurs et qu'il aidait par ailleurs ses "frères extraordinaires [. . .] qui partageaient le même sentiment" » (m.i., par. 39). L'idéologie du jihad armé à laquelle souscrit l'appelant dans ses nombreuses communications est foncièrement incompatible avec le droit international. Les conventions de Genève interdisent les actes qui consistent à semer la terreur parmi les populations civiles et elle les assimile à des crimes de guerre. Or, l'appelant a accompli ses actes afin d'aider un groupe voué à la lutte armée contre tous ceux qui appuient les régimes non islamiques et pour qui les fins du jihad peuvent parfois justifier un attentat suicide contre des civils.

[103] Voilà la preuve dont disposait le juge du procès. Non contredite, elle établit hors de tout doute raisonnable que l'appelant ne bénéficie pas de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé.

3. Les verdicts sont-ils déraisonnables?

[104] L'appelant invoque trois motifs pour lesquels les déclarations de culpabilité relatives aux chefs d'accusation 3 à 7 seraient déraisonnables : (1) le ministère public n'a pas prouvé qu'il était au courant du complot de faire exploser une bombe au R.-U., (2) aucun élément ne prouve qu'il savait que le groupe de Khyam était un groupe terroriste et (3) le ministère public n'a pas prouvé les éléments constitutifs des infractions.

[105] Ces prétentions sont sans fondement. Les chefs 3 à 7 ne visaient pas que le complot d'attentat à l'explosif au R.-U. À juste titre, le juge du procès ne déclare l'appelant coupable que d'infractions incluses liées à la fabrication d'un engin explosif

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

and 2). Second, the trial judge, amply supported by the evidence, expressly found that the Khyam group was a terrorist group within the definition in the *Criminal Code* and that the appellant was aware of the terrorist objectives and knowingly supported and participated in them. Finally, much of the argument on unreasonable verdict is premised on the armed conflict exception, which cannot succeed for the reasons discussed above.

en vue de l'attentat projeté au R.-U. (chefs 1 et 2). En outre, se fondant sur une preuve abondante, le juge conclut expressément que le groupe de Khyam est un groupe terroriste au sens de la définition du *Code criminel*, que l'appelant connaissait les objectifs terroristes de ce groupe et qu'il a sciemment contribué à leur réalisation. Enfin, la thèse du verdict déraisonnable prend en grande partie appui sur l'exception du conflit armé, laquelle ne saurait s'appliquer en l'espèce pour les motifs énoncés précédemment.

C. *Did the Court of Appeal Err in Overturning the Sentence Imposed by the Trial Judge and Substituting a Term of Life Imprisonment?*

C. *La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine imposée en première instance et de lui substituer l'emprisonnement à perpétuité?*

1. The Trial Judge's Sentence

1. La peine imposée en première instance

[106] The trial judge found the appellant guilty of seven offences. On the first two counts, he held that the appellant's knowledge of the U.K. bomb plot was not proved and convicted him only for acts related to the development of the "hifidigimonster" for unspecified bombings. On counts 3 to 7, he convicted the appellant for various acts related to the Khyam group's terrorist activity.

[106] Le juge du procès déclare l'appelant coupable de sept infractions. En ce qui concerne les deux premiers, il estime que sa connaissance du complot d'attentat à la bombe au R.-U. n'est pas prouvée et il le reconnaît seulement coupable des actes liés à la mise au point du « hifidigimonster » destiné à d'éventuels attentats à l'explosif. Quant aux chefs 3 à 7, il déclare l'appelant coupable de divers actes liés aux activités terroristes du groupe de Khyam.

[107] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years of imprisonment in addition to the 5 years he had already served in custody. He held that the appellant should be sentenced in respect of only one of the offences included in counts 1 and 2 on the *Kienapple* principle, since both related to the same acts — development of the "hifidigimonster".

[107] Le juge du procès condamne l'appelant à 10 ans et demi d'emprisonnement en sus des 5 années déjà purgées. Il estime que, suivant le principe de l'arrêt *Kienapple*, l'appelant ne doit être condamné que pour une des infractions comprises dans les deux premiers chefs, puisque les deux se rattachent aux mêmes actes, à savoir la mise au point du « hifidigimonster ».

[108] The trial judge reviewed the principles and purposes of sentencing and stated that in terrorism cases, denunciation, general deterrence and public protection should be emphasized over personal deterrence and rehabilitation. He concluded that in the absence of any evidence bearing on rehabilitation, this factor did not attract weight, and noted the gravity of the offences and the aggravating effect of the appellant's motivation.

[108] Le juge examine les principes et les objectifs de la détermination de la peine et il affirme que, dans les affaires de terrorisme, la dénonciation, la dissuasion générale et la protection du public l'emportent sur la dissuasion de l'individu et sa réinsertion sociale. Il conclut que, en l'absence de preuve s'y rapportant, la réinsertion n'est pas prise en compte, puis il souligne la gravité des infractions et l'effet aggravant de la motivation de l'appelant.

2012 SCC 69 (CanLII)

[109] The trial judge rejected the Crown's argument that the appellant should receive the same sentence imposed in the U.K. on Khyam, one of the leaders of the London bomb plot, because the appellant's participation was at a lower level and did not merit life imprisonment. The trial judge referred, in his reasons for sentence, to the "amateurish effort[s]" of the appellant (para. 33), and found that Khyam and his associates "were away out in front" of the appellant, who was but "a willing helper and supporter" (para. 37).

[110] The trial judge noted that s. 83.26 of the *Criminal Code* requires that consecutive sentences be imposed for terrorism offences. However, he held that this was subject to the "totality principle" that the combined sentence should not be unduly long or harsh and should not exceed the overall culpability of the offender.

[111] The trial judge declined to give the appellant strict "two for one" credit for time served, in view of the need to denounce the conduct. However, he took into account generally the fact that the appellant had already spent five years confined to a detention centre not suited to long-term imprisonment. Similarly, without adopting a precise mathematical formula, he gave some credit for the appellant's admissions at trial.

[112] In conclusion, the trial judge imposed the following sentence amounting to a total of 10 and a half years of imprisonment: 4 years for count 1; 2 years for count 3; 2 years for count 4; 2 years for count 5; and 3 months for each of counts 6 and 7. He added the following terms: no parole eligibility for 5 years; a mandatory DNA order (stayed pending appeal); and a lifetime order prohibiting possession of firearms.

2. The Court of Appeal's Sentence

[113] The Court of Appeal found three errors of principle in the trial judge's sentencing and increased the sentence to life imprisonment for

[109] Le juge rejette la prétention du ministère public selon laquelle l'appelant devrait se voir infliger la même peine que celle dont a écopé Khyam, l'un des auteurs du complot d'attentat à la bombe à Londres, au R.-U., parce que la participation de l'appelant était moindre et ne justifiait pas une peine d'emprisonnement à perpétuité. Dans les motifs qu'il invoque à l'appui de la peine, le juge qualifie l'appelant d'[TRADUCTION] « amateur » (par. 33) et de « partisan à la fois enthousiaste et dévoué », alors que Khyam et ses acolytes « étaient bien plus déterminés » que lui (par. 37).

[110] Le juge du procès fait remarquer que l'art. 83.26 du *Code criminel* prescrit l'infliction de peines consécutives pour la perpétration d'actes de terrorisme. Toutefois, le « principe de totalité » voulant que la peine cumulative infligée ne soit pas indûment longue ou sévère ni disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant, n'est pas pour autant écarté.

[111] Vu la nécessité de dénoncer les actes de l'appelant, le juge du procès refuse de réduire la peine à raison du double du temps passé en détention. Cependant, il tient généralement compte des cinq années purgées par l'appelant dans un centre de détention non adapté à l'emprisonnement de longue durée. De même, sans recourir à une formule mathématique précise, il réduit quelque peu la peine en raison des aveux de l'appelant au procès.

[112] En conclusion, le juge inflige au total 10 ans et demi d'emprisonnement : 4 ans pour le premier chef, 2 ans pour le troisième, 2 ans pour le quatrième, 2 ans pour le cinquième, 3 mois pour chacun des sixième et septième chefs. Il exclut toute possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans, il ordonne à l'appelant de se soumettre à un prélèvement génétique (exécution de l'ordonnance suspendue jusqu'au jugement en appel) et il lui interdit de posséder une arme à feu sa vie durant.

2. La peine imposée par la Cour d'appel

[113] La Cour d'appel opine que trois erreurs de principe entachent la détermination de la peine en première instance et, sur le premier chef, elle

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

count 1 and consecutive terms of imprisonment totalling 24 years for the remaining counts.

[114] The first error was the trial judge's finding that the appellant's level of involvement was of a low order, compared to Khyam and his associates who were "away out in front" of him. The Court of Appeal held that this conclusion was unreasonable on the basis of all the evidence. The second error was in not treating the absence of evidence on rehabilitation prospects as an important factor in sentencing. The third error was in not imposing consecutive sentences, which was contrary to the requirement of s. 83.26.

3. Analysis

[115] At the outset, I wish to underscore that the temptation to fashion rigid sentencing principles applicable to terrorism offences as a distinct class of offences should be avoided, subject to the provisions in the *Criminal Code* that specifically pertain to those offences. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

[116] As regards the sentences imposed on the appellant, I agree with the Court of Appeal that the trial judge made critical errors in sentencing.

[117] The first error identified by the Court of Appeal was the trial judge's unreasonable devaluation of the seriousness of the appellant's conduct. The Court of Appeal interpreted the trial judge's comments in this regard as concluding that the appellant was less morally blameworthy than Khyam and other associates. The trial judge's comments might also be interpreted as merely concluding that the appellant was not as directly involved in terrorist activities as others. On either view, however, it appears that the trial judge effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence.

accroît la peine en infligeant l'emprisonnement à perpétuité et, sur les autres chefs, elle impose des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement.

[114] La première erreur réside dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le degré d'implication de l'appelant est minime par rapport à Khyam et à ses acolytes, lesquels étaient « bien plus déterminés » que M. Khawaja. La Cour d'appel statue que, au vu de l'ensemble de la preuve, il s'agit d'une conclusion déraisonnable. La deuxième erreur tient à l'omission de voir dans l'absence de preuve sur les perspectives de réinsertion sociale un élément important de la détermination de la peine. La troisième résulte du caractère non consécutif des peines, lequel va à l'encontre de l'art. 83.26.

3. Analyse

[115] Je souligne d'emblée qu'il faut résister à la tentation d'établir des principes rigides de détermination de la peine pour les seules infractions de terrorisme et de considérer que celles-ci appartiennent à une catégorie d'infractions à part, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui visent précisément ces infractions. Les principes généraux de détermination de la peine, dont le principe de totalité, s'appliquent aux infractions de terrorisme.

[116] En ce qui concerne les peines infligées à l'appelant, je conviens avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'imposait.

[117] La première erreur relevée correspond à la minimisation excessive de la gravité des actes de l'appelant. Pour la Cour d'appel, il appert des remarques du juge du procès que les actes de l'appelant lui paraissent moins moralement répréhensibles que ceux de Khyam et de ses acolytes. On peut aussi conclure des observations du juge qu'il considère simplement que l'appelant n'est pas aussi directement engagé dans l'activité terroriste que les autres. Quoi qu'il en soit, il semble que le juge minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant.

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

[118] The evidence, in brief, showed that the appellant was determined to help the Khyam group perpetrate a number of acts of mass violence against civilian and military targets; helped finance the Khyam group; offered training in electronics to Khyam; built devices intended to serve as remote triggers for improvised explosive devices (the "hifidigimonster"); and went to Pakistan to train for "combat" in Afghanistan. His emails showed that he encouraged and applauded violent jihad. Particularly chilling is his email speaking in positive terms of using a troublesome person as a suicide bomber in an Israeli nightclub.

[118] Il appert en somme de la preuve que l'appelant était résolu à aider le groupe de Khyam à commettre un certain nombre d'actes de violence à grande échelle contre des civils et des cibles militaires, qu'il a contribué au financement du groupe de Khyam, qu'il a offert à Khyam de lui donner des cours d'électronique, qu'il a fabriqué des dispositifs permettant de déclencher à distance des engins explosifs artisanaux (le « hifidigimonster ») et qu'il est allé s'entraîner au Pakistan en vue de « combattre » en Afghanistan. Ses courriels révèlent qu'il encourageait le jihad armé et qu'il se réjouissait de son existence. Le courriel dans lequel il se montre favorable à l'utilisation d'une personne présentant des difficultés comme bombe humaine dans une boîte de nuit israélienne glace particulièrement le sang.

[119] A typical message gives the flavour of the emails the appellant sent:

Ok nigga, i'll make a booking now. InshaAllah i'm thinking of comin down on the February 20th or around then. Lemme know if that's good with u. also let me know soon how you want the device. I just want to do a demo of it and show you how it works and stuff, it's range, and other things, so we gotta find a way we can get it into UK, maybe i can courier it over, i don't know if UK customs will grab it or not. pray to the most high, he'll find us a way. we're startin to work on a few other much more sophisticated projects that can be of great benefit to the J. i'll speak to you about them when we meet . . . . [Trial judgment, at para. 42.]

[119] Voici un message donnant une idée de la teneur des courriels de l'appelant :

[TRADUCTION] Ok, nègre, je vais faire une réservation, Inch'Allah, je pense arriver autour du 20 février. Dis-moi si ça te convient. Laisse-moi également savoir bientôt comment tu veux l'appareil. Je veux juste faire une démonstration et te montrer comment il fonctionne, etc., sa portée et d'autres choses, donc, nous devons trouver une manière de l'introduire au R.-U., je peux peut-être aller le porter, je ne sais pas si les douaniers britanniques vont l'intercepter ou non. Prions Dieu qu'il nous éclaire. Nous commençons à travailler à un certain nombre d'autres projets beaucoup plus complexes qui peuvent être d'un grand intérêt pour le J. Je t'en parlerai lorsque nous nous verrons . . . [Jugement de première instance, par. 42.]

[120] Indeed, the trial judge was clear that Khawaja was "fully responsible for his actions" (reasons for sentence, at para. 31). As the trial judge explained, at para. 31:

. . . he went far out of his way, from his home, from his country and from his gainful employment to engage with the Khyam group and participate as he did in and to the group's endeavors. This is not a case of a vulnerable young person being lured or beguiled into criminal misconduct in which he was not inclined to participate. Khawaja was a willing and *eager* participant . . . . [Emphasis added.]

[120] Le juge du procès dit clairement que M. Khawaja [TRADUCTION] « porte l'entière responsabilité de ses actes » (motifs du jugement relatif à la détermination de la peine, par. 31). Il explique, au par. 31 :

[TRADUCTION] . . . il a tout quitté, son foyer, son pays et un emploi rémunérateur pour se joindre au groupe de Khyam et participer comme il l'a fait à ses activités. Ce n'est pas un jeune homme vulnérable qu'on a leurré ou trompé pour l'amener à commettre des actes criminels qu'il n'était pas enclin à commettre. Khawaja a agi avec *empressement* et de son plein gré . . . [Je souligne.]

[121] In short, the appellant's subjective "determination to bring death, destruction and terror to

[121] En résumé, la [TRADUCTION] « détermination [subjective de l'appelant] à causer la mort de

2012 SCC 69 (CanLII)

innocent people" (para. 37) appears to have been strong — indeed, as strong as that of other members of the Khyam group.

[122] The second error identified by the Court of Appeal is that the trial judge failed to treat the absence of evidence of the appellant's rehabilitative prospects as an important factor in sentencing. I agree that the absence of information on the likelihood of the appellant re-offending was relevant to sentencing, particularly in regard to s. 718(*c*) and to the need to separate offenders from society, where necessary. Indeed, as O'Connor J. wrote in *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), at para. 31:

> Where it is apparent that the offender is a dangerous person, who is likely to compromise public safety if released, he should be detained for a period of time sufficient to reasonably conclude that such danger has subsided. The duration of the sentence must be sufficient to give the correctional authorities the necessary time to properly treat the offender and for the National Parole Board to assess the risk of his reoffending.

[123] The absence of evidence on the appellant's likelihood of re-offending gave the trial judge no assurance that he was no longer committed to violent jihad and terrorism, or that there was any chance that, over time, he could change and be released from state control without undue risk of harm to the population. The lack of information on a person's probability of re-offending, in the face of compelling evidence of dangerousness, is sufficient to justify a stiffer sentence.

[124] I cannot accept the broad proposition that "the import of rehabilitation as a mitigating circumstance is significantly reduced in [the] context [of terrorism] given the unique nature of the crime . . . and the grave and far-reaching threat that it poses to the foundations of our democratic society" (C.A., at para. 201). The terrorism provisions catch a very wide variety of conduct, suggesting that the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis. This does

personnes innocentes, à semer la destruction et la terreur » (par. 37) paraît avoir été grande — aussi grande en fait que celle des autres membres du groupe de Khyam.

[122] En deuxième lieu, la Cour d'appel reproche au juge du procès de ne pas avoir vu dans l'absence de preuve sur la réinsertion sociale éventuelle de l'appelant un élément important de la détermination de la peine. Je conviens que l'absence de données sur le risque de récidive est pertinente à ce chapitre, particulièrement au regard de l'al. 718*c*) et de la nécessité d'isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société. Dans *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), par. 31, le juge O'Connor écrit d'ailleurs ce qui suit :

> [TRADUCTION] Dans les cas où il est manifeste que le délinquant est une personne dangereuse qui mettra en péril la sécurité publique si elle est libérée, la détention doit se poursuivre jusqu'à ce que l'on puisse raisonnablement conclure que le danger est écarté. La durée de la peine doit être suffisamment longue pour que l'autorité correctionnelle ait le temps de traiter adéquatement le délinquant et que la Commission nationale des libérations conditionnelles évalue le risque de récidive.

[123] L'absence d'élément de preuve sur le risque que l'appelant récidive a privé le juge de l'assurance que l'appelant n'était plus acquis à la cause du jihad armé et du terrorisme ou que, avec le temps, il pourrait changer et ne plus devoir être soumis au contrôle de l'État sans que la population ne soit exposée à un risque de préjudice trop grand. L'absence de données sur la récidive éventuelle, au vu d'une preuve convaincante de dangerosité, suffit à justifier une peine plus sévère.

[124] Je ne saurais convenir de manière générale que [TRADUCTION] « l'importance de la réinsertion sociale comme circonstance atténuante diminue considérablement dès lors qu'il est question de terrorisme étant donné la nature particulière du crime et la grave menace qu'il fait peser sur les fondements de notre société démocratique » (C.A., par. 201). Les dispositions sur le terrorisme visent une très grande variété d'actes, ce qui donne à penser qu'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il

2012 SCC 69 (CanLII)

not, however, negate the fact that on the evidence in this case, the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate.

[125] The third error identified by the Court of Appeal is that the trial judge erred in interpreting s. 83.26, which provides that convictions under ss. 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 require consecutive sentences. The Court of Appeal took the view that the "totality principle", which requires that the cumulative sentence rendered for multiple offences not exceed the overall culpability of the offender, should be moderated or altered in the case of terrorism offences so that "the customary upper range [of 15 to 20 years] for consecutive fixed-term sentences will not be applicable" (para. 210).

[126] While I agree with the Court of Appeal that s. 83.26 requires that sentences for terrorist offences be served consecutively, I do not agree that this result is inconsistent with the totality principle on the evidence in this case. The only restriction imposed by the totality principle is that the sentence not exceed the overall culpability of the offender. While the practice in Canadian courts is to impose sentences of between 15 to 20 years if a life sentence is not appropriate, this practice is not binding and is *not* part of the totality principle: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, *per* Lamer C.J., at para. 56. The fact that sentences of over 20 years may be imposed more often in terrorism cases is not inconsistent with the totality principle. It merely attests to the particular gravity of terrorist offences and the moral culpability of those who commit them. I conclude that the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle.

[127] After reviewing the three errors committed by the trial judge, the Court of Appeal went

convient d'accorder à la réinsertion sociale. Mais le fait demeure que, compte tenu de la preuve en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifiait une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement.

[125] En troisième lieu, la Cour d'appel reproche au juge du procès de mal interpréter l'art. 83.26, qui prévoit que la peine infligée pour une infraction prévue à l'un des art. 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement. Selon elle, dans le cas d'actes de terrorisme, il convient de modérer ou de modifier l'application du « principe de totalité » — suivant lequel la peine cumulative infligée pour de multiples infractions ne doit pas être disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant — de façon à lever [TRADUCTION] « la limite supérieure [de 15 à 20 ans] habituellement observée pour les peines consécutives d'une durée déterminée » (par. 210).

[126] Certes, l'art. 83.26 exige que les peines infligées pour des infractions de terrorisme soient purgées consécutivement, mais je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle estime que cette modalité est incompatible avec le principe de totalité, compte tenu de la preuve en l'espèce. Le principe de totalité veut seulement que la peine infligée ne soit pas disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant. Les tribunaux canadiens infligent généralement des peines d'une durée de 15 à 20 ans lorsque l'emprisonnement à perpétuité n'est pas indiqué, mais cette pratique n'est pas obligatoire et *ne* relève *pas* du principe de totalité : voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, le juge en chef Lamer, par. 56. L'idée que des peines de plus de 20 ans d'emprisonnement devraient être imposées plus souvent dans les dossiers de terrorisme ne va pas à l'encontre du principe de totalité. C'est simplement prendre acte du caractère particulièrement grave des infractions de terrorisme et de la culpabilité morale de leurs auteurs. Je conclus que l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité.

[127] Après l'analyse des trois erreurs du juge du procès, la Cour d'appel déclare que la peine

2012 SCC 69 (CanLII)

on to state that the sentence he imposed failed to adequately reflect three critical matters.

[128] First, the sentence imposed did not reflect the gravity of the appellant's actions. I agree. The appellant was a willing participant in a terrorist group. He was committed to bringing death on all those opposed to his extremist ideology and took many steps to provide support to the group. The bomb detonators he attempted to build would have killed many civilians had his plan succeeded. A sentence of 10 and a half years does not approach an adequate sentence for such acts.

[129] Second, the Court of Appeal found that the sentence did not reflect the continuing danger this committed and apparently remorseless man would pose to society on release. For the reasons discussed earlier, I agree. The trial judge's sentence failed to give adequate weight to the ongoing danger the appellant posed to society.

[130] Finally, the Court of Appeal faulted the trial judge's sentence for failing to send a "clear and unmistakable message that terrorism is reprehensible and those who choose to engage in it [in Canada] will pay a very heavy price" (para. 246). Without suggesting that terrorism offences attract special sentencing rules or goals, I agree that denunciation and deterrence, both specific and general, are important principles in the sentencing of terrorism offences, given their seriousness: see s. 718.2(*a*)(v) of the *Criminal Code*; H. Parent and J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, vol. 3, *La peine* (2012), at pp. 76-78.

[131] For these reasons, I would dismiss the appeal from sentence.

VII. Conclusion

[132] I would dismiss the appeal and affirm the convictions and the sentence imposed by the Court of Appeal.

infligée ne tient pas dûment compte de trois considérations cruciales.

[128] Premièrement, la peine imposée ne reflète pas la gravité des actes de l'appelant. Je suis d'accord. L'appelant a participé de son plein gré aux activités d'un groupe terroriste. Il était résolu à tuer tous ceux qui s'opposaient à son idéologie extrémiste et il a contribué de nombreuses manières aux activités du groupe. S'il n'en avait tenu qu'à lui, ses détonateurs de bombe auraient causé la mort de nombreux civils. Une peine de 10 ans et demi pour de tels actes est loin d'être suffisante.

[129] Deuxièmement, la Cour d'appel conclut que la peine ne reflète pas le danger permanent que présenterait pour la société cet homme résolu et sans remords apparents une fois libéré. Pour les motifs qui précèdent, je souscris à son opinion. La peine infligée à l'issue du procès ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société.

[130] Enfin, la Cour d'appel estime que la peine infligée en première instance ne transmet pas le [TRADUCTION] « message clair et non équivoque que le terrorisme est condamnable et que ceux qui décident de s'y livrer [au Canada] paieront un prix très élevé » (par. 246). Sans laisser entendre que des règles ou des objectifs particuliers de détermination de la peine s'appliquent en matière de terrorisme, je conviens que la dénonciation et la dissuasion, tant sur le plan individuel que collectif, constituent des objectifs importants lorsqu'il s'agit d'arrêter la peine des auteurs d'infractions de terrorisme étant donné la gravité de celles-ci : voir le sous-al. 718.2*a*)(v) du *Code criminel*; H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine* (2012), p. 76-78.

[131] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté à l'encontre de la peine.

VII. Conclusion

[132] Le pourvoi est rejeté. Les déclarations de culpabilité et la peine infligée par la Cour d'appel sont confirmées.

2012 SCC 69 (CanLII)

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

83.01 (1) . . .

"terrorist activity" means

. . .

(*b*) an act or omission, in or outside Canada,

(i) that is committed

(A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and

(B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and

(ii) that intentionally

(A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence,

(B) endangers a person's life,

(C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public,

(D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or

(E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to(C),

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

83.01 (1) . . .

« activité terroriste »

. . .

b) soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger :

(i) d'une part, commis à la fois :

(A) au nom — exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,

(B) en vue — exclusivement ou non — d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada,

(ii) d'autre part, qui intentionnellement, selon le cas :

(A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence,

(B) met en danger la vie d'une personne,

(C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population,

(D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera,

(E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C).

2012 SCC 69 (CanLII)

and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counselling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of international law.

Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration; il est entendu que sont exclus de la présente définition l'acte — action ou omission — commis au cours d'un conflit armé et conforme, au moment et au lieu de la perpétration, au droit international coutumier ou au droit international conventionnel applicable au conflit ainsi que les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où ces activités sont régies par d'autres règles de droit international.

. . .

"terrorist group" means

(*a*) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity, or

(*b*) a listed entity,

and includes an association of such entities.

« groupe terroriste »

a) Soit une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter;

b) soit une entité inscrite.

Est assimilé à un groupe terroriste un groupe ou une association formé de groupes terroristes au sens de la présente définition.

(1.1) For greater certainty, the expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion does not come within paragraph (*b*) of the definition "terrorist activity" in subsection (1) unless it constitutes an act or omission that satisfies the criteria of that paragraph.

(1.1) Il est entendu que l'expression d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique n'est visée à l'alinéa *b*) de la définition de « activité terroriste » au paragraphe (1) que si elle constitue un acte — action ou omission — répondant aux critères de cet alinéa.

83.18 (1) Every one who knowingly participates in or contributes to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

83.18 (1) Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, sciemment, participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

(2) An offence may be committed under subsection (1) whether or not

(*a*) a terrorist group actually facilitates or carries out a terrorist activity;

(*b*) the participation or contribution of the accused actually enhances the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity; or

(*c*) the accused knows the specific nature of any terrorist activity that may be facilitated or carried out by a terrorist group.

(2) Pour que l'infraction visée au paragraphe (1) soit commise, il n'est pas nécessaire :

a) qu'une activité terroriste soit effectivement menée ou facilitée par un groupe terroriste;

b) que la participation ou la contribution de l'accusé accroisse effectivement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

c) que l'accusé connaisse la nature exacte de toute activité terroriste susceptible d'être menée ou facilitée par un groupe terroriste.

2012 SCC 55 (CanLII)

(3) Participating in or contributing to an activity of a terrorist group includes

(*a*) providing, receiving or recruiting a person to receive training;

(*b*) providing or offering to provide a skill or an expertise for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group;

(*c*) recruiting a person in order to facilitate or commit

(i) a terrorism offence, or

(ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence;

(*d*) entering or remaining in any country for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group; and

(*e*) making oneself, in response to instructions from any of the persons who constitute a terrorist group, available to facilitate or commit

(i) a terrorism offence, or

(ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence.

(4) In determining whether an accused participates in or contributes to any activity of a terrorist group, the court may consider, among other factors, whether the accused

(*a*) uses a name, word, symbol or other representation that identifies, or is associated with, the terrorist group;

(*b*) frequently associates with any of the persons who constitute the terrorist group;

(*c*) receives any benefit from the terrorist group; or

(*d*) repeatedly engages in activities at the instruction of any of the persons who constitute the terrorist group.

83.26 A sentence, other than one of life imprisonment, imposed on a person for an offence under any of sections 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 shall be served consecutively to

(*a*) any other punishment imposed on the person, other than a sentence of life imprisonment, for an offence arising out of the same event or series of events; and

(3) La participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste s'entend notamment :

a) du fait de donner ou d'acquérir de la formation ou de recruter une personne à une telle fin;

b) du fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste, à son profit ou sous sa direction, ou en association avec lui, ou d'offrir de le faire;

c) du fait de recruter une personne en vue de faciliter ou de commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction;

d) du fait d'entrer ou de demeurer dans un pays au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui;

e) du fait d'être disponible, sous les instructions de quiconque fait partie d'un groupe terroriste, pour faciliter ou commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction.

(4) Pour déterminer si l'accusé participe ou contribue à une activité d'un groupe terroriste, le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants :

a) l'accusé utilise un nom, un mot, un symbole ou un autre signe qui identifie le groupe ou y est associé;

b) il fréquente quiconque fait partie du groupe terroriste;

c) il reçoit un avantage du groupe terroriste;

d) il se livre régulièrement à des activités selon les instructions d'une personne faisant partie du groupe terroriste.

83.26 La peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement :

a) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — sanctionnant une autre infraction basée sur les mêmes faits;

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

(*b*) any other sentence, other than one of life imprisonment, to which the person is subject at the time the sentence is imposed on the person for an offence under any of those sections.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

. . .

(v) evidence that the offence was a terrorism offence

. . .

719. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.

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 intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: Langlois Kronström Desjardins, Québec.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

b) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — en cours d'exécution infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un de ces articles.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

. . .

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme;

. . .

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval : Langlois Kronström Desjardins, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

2012 SCC 69 (CanLII)

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

2012 SCC 69 (CanLII)

AGC0608

TAB

8

Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Al Peterson and Donna Alexander *Appellants*

v.

Dolphin Delivery Ltd. *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Alberta and Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: RWDSU *v.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

File No.: 18720.

1984: December 6, 7; 1986: December 18.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Interlocutory injunction against secondary picketing — Application based on common law rule against inducing breach of contract — Whether injunction offending Charter right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Appellant was the federally certified bargaining agent for the locked out employees of Purolator, an Ontario based courier. Prior to the lockout, respondent made deliveries for Purolator in its area and afterwards, for Supercourier, a company connected with Purolator. Appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that respondent and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with appellant. Such a finding would have rendered the picketing of respondent's business premises lawful, and consequently would have affected its business in that its collective agreement provided that its employees' refusal to cross a lawful picket line was not a violation of the agreement or grounds for disciplinary action or discharge. When the Board declined to hear the application for want of jurisdiction, the labour relations of the appellant being within federal jurisdiction, the legality of appellant's proposed picketing then fell for determination under the common law because the *Canada Labour Code* was silent on the issue. No picketing occurred at respondent's premises as respondent was

Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580, Al Peterson et Donna Alexander *Appelants*

c.

Dolphin Delivery Ltd. *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SDGMR *c.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

N° du greffe: 18720.

1984: 6, 7 décembre: 1986: 18 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Injonction interlocutoire empêchant le piquetage secondaire — Demande fondée sur la règle de common law interdisant l'incitation à la rupture de contrat — L'injonction porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression conféré par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Le syndicat appelant était accrédité en vertu de la loi fédérale comme agent négociateur des employés lock-outés de Purolator, une entreprise de messageries ayant son siège social en Ontario. Antérieurement au lock-out, l'intimée effectuait des livraisons pour Purolator dans la région qu'elle desservait et, après le lock-out, en a fait autant pour Supercourier, une société ayant des liens avec Purolator. L'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que l'intimée et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit en cause. Une pareille déclaration aurait rendu légal le piquetage de l'établissement de l'intimée, ce qui aurait eu un effet sur son entreprise puisque, aux termes de la convention collective, le refus des employés de franchir une ligne de piquetage légalement dressée ne constituait pas une violation de la convention et n'entraînait ni mesures disciplinaires ni renvoi. Quand la Commission s'est déclarée incompétente pour entendre la demande, les relations de travail de l'appelant étant de compétence fédérale, la légalité du piquetage envisagé par l'appelant

1986 CanLII 19 (SCC)

AGC0609

granted a *quia timet* injunction which was upheld on appeal. At issue here is whether secondary picketing in a labour dispute is protected as freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* and accordingly not the proper subject of an injunction to restrain it.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ: All picketing involves some form of expression and enjoys *Charter* protection unless some action on the part of the picketers alters its nature and removes it from *Charter* protection. *Charter* protection of this freedom does not encompass violence, threats of violence or other unlawful acts. The picketing at issue, although intended to bring about economic pressure and to induce the common law tort of breach of contract, was protected by the *Charter*.

The *Charter* applies to the common law. The language of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* clearly includes the common law and a construction of that section that would exclude the common law from the *Charter*'s application would be wholly unrealistic.

The *Charter* does not apply to private litigation completely divorced from any connection with government. Section 32 specifies that the *Charter* applies to the legislative, executive and administrative branches of government: their actions are subject to the *Charter* whether invoked in public or private litigation. An order of the Court, however, cannot be equated with government action for the purposes of *Charter* application notwithstanding political theory. The Courts, while bound by the *Charter*, act as neutral arbiters and to regard a court order as an element of government action necessary to invoke the *Charter* would unduly widen the scope of the *Charter*'s application to virtually all litigation.

Although government action is generally dependant on statutory authority, it may rely as well on the common law as in the case of the prerogative. The *Charter* will apply to the common law where the common law is the basis for some governmental action

a donc dû être déterminée en fonction de la *common law* étant donné le silence du *Code canadien du travail* sur la question. Il n'y a pas eu de piquetage à l'établissement de l'intimée parce que celle-ci a obtenu une injonction *quia timet*, laquelle a été confirmée en appel. La question en l'espèce est de savoir si le piquetage secondaire dans le cadre d'un conflit de travail relève de la liberté d'expression accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte*, de sorte qu'il ne peut pas à bon droit être empêché par voie d'injonction.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: Tout piquetage comporte un certain élément d'expression et jouit de la protection de la *Charte*, à moins que quelque acte des piqueteurs ne vienne changer la nature du piquetage de manière qu'il ne bénéficie plus de la protection de la *Charte*. La protection que la *Charte* accorde à cette liberté n'englobe ni les cas de violence ou de menaces de violence ni d'autres actes illégaux. Quoiqu'il ait eu pour objet la création d'une pression économique et l'incitation à la perpétration du délit civil de rupture de contrat prévu par la *common law*, le piquetage en cause était protégé par la *Charte*.

La *Charte* s'applique à la *common law*. Les termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent manifestement la *common law* et il serait tout à fait irréaliste d'interpréter ce paragraphe de manière à exclure la *common law* du champ d'application de la *Charte*.

La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés n'ayant aucun lien avec le gouvernement. L'article 32 précise que la *Charte* s'applique aux branches législative, exécutive, et administrative du gouvernement: leurs actes sont soumis à la *Charte*, qu'elle soit invoquée dans un litige public ou un litige privé. Toutefois, malgré ce que dit la théorie politique, on ne saurait aux fins de l'application de la *Charte* assimiler l'ordonnance d'un tribunal à un acte du gouvernement. Les tribunaux, bien que liés par la *Charte*, agissent en tant qu'arbitres impartiaux et, si l'ordonnance d'un tribunal devait être considérée comme l'élément d'intervention gouvernementale requise pour que la *Charte* puisse être invoquée, on se trouverait à élargir indûment la portée de la *Charte* pour la rendre applicable à presque tous les litiges.

Bien que les actes du gouvernement dépendent généralement d'une autorisation conférée par la loi, un acte peut aussi reposer sur la *common law*, comme dans le cas de la prérogative. La *Charte* s'applique à la *common law* dans la mesure où celle-ci constitue le fondement

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

which is alleged to have infringed a guaranteed right or freedom.

It is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of government intervention necessary to bring the *Charter* into play by private litigants in private litigation. It would seem that the *Charter* would apply to delegated legislation such as regulations, orders in council, possibly municipal by-laws and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the legislatures. Where government action of such nature is present, and where a private litigant relies on it to cause an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* applies. Where, however, a private party sues another relying on the common law and where no government action is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply.

The *Charter* did not apply to the case at bar. This litigation was between purely private parties and did not involve any exercise of or reliance on governmental action which would invoke the *Charter*. The application for the injunction was supported in this Court solely on the basis of the common law tort of inducing a breach of contract. Had the *Charter* applied, s. 1 of the *Charter* would have been effective to justify the granting of the injunction.

Per Beetz J.: For reasons stated by the majority of the British Columbia Court of Appeal, the picketing enjoined here would not have been a form of expression and consequently no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Charter* could arise. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Per Wilson J.: On a s. 1 analysis the purpose and objectives of a common law principle must be ascertained through an objective approach in the same way as the purposes and objectives of an impugned piece of legislation are ascertained. Two distinct questions must be answered in this case. First, does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? Second, if the tort represents a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this case? If the tort does not survive the first question, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If the tort survives the first question, the facts must be considered to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e.,

d'un acte gouvernemental qu'on dit porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis.

Il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir avec une précision trop rigoureuse l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour que des justiciables privés puissent invoquer la *Charte* dans un litige privé. Il semblerait que la *Charte* s'applique à la législation déléguée, tels les règlements, les décrets, peut-être les règlements municipaux et les règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Lorsqu'il y a un acte gouvernemental de ce genre et qu'un justiciable privé l'invoque et que cela occasionne une violation des droits conférés à une autre personne par la *Charte*, celle-ci doit s'appliquer. Quand toutefois une partie privée en poursuit une autre en s'appuyant sur la *common law* et que l'action n'est fondée sur aucun acte du gouvernement, la *Charte* ne s'applique pas.

La *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Il s'agit d'un litige entre parties privées seulement, litige dans lequel il n'y a pas eu d'acte gouvernemental susceptible d'entraîner l'application de la *Charte* et dans lequel aucun acte du gouvernement n'a été invoqué. La demande d'injonction ne s'est appuyée en cette Cour que sur le délit civil d'incitation à la rupture de contrat prévu par la *common law*. Si la *Charte* s'était appliquée, l'article premier aurait joué pour justifier la délivrance de l'injonction.

Le juge Beetz: Pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le piquetage qui a été interdit en l'espèce ne peut constituer une forme d'expression et il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Le juge Wilson: Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, il faut déterminer les buts et objectifs d'un principe de *common law* selon une démarche objective comme celle suivie pour déterminer les buts et objectifs d'un texte législatif en litige. Il faut répondre à deux questions distinctes en l'espèce. D'abord le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail? Ensuite, si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce? Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe ce cap, on doit considérer les faits pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Pour

1986 CanLII 5 (SCC)

whether the balance of convenience favours the plaintiff. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Cases Cited

By McIntyre J.

Considered: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **referred to**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), (*d*), 15(1), 32(1).
Constitution Act, 1867, ss. 12, 16, 132.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 85(3), 88.

Authors Cited

Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. "On Liberty". In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian

le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt examiné: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **arrêts mentionnés**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), *d*), 15(1), 32(1).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 85(3), 88.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 12, 16, 132.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Gibson, Dale. «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32 » (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. «On Liberty». In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. «Application de la Charte cana-

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

Charter of Rights and Freedoms". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, dismissing an appeal from an order of Sheppard L.J.S.C., [1983] B.C.W.L.D. 100, granting an interlocutory injunction. Appeal dismissed.

F. Schroeder, for the appellants.

Peter Gall and *Donald Jordan*, for the respondent.

James M. Mabbutt and *Peter K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Giles, Q.C., and *Robert McDonell*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Brian R. Burrows, for the intervener the Attorney General for Alberta.

James L. Thistle and *Deborah E. Fry*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of whether secondary picketing by members of a trade union in a labour dispute is a protected activity under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, not the proper subject of an injunction to restrain it. In reaching the answer, consideration must be given to the application of the *Charter* to the common law and as well to its application in private litigation.

dienne des droits et libertés». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. «Les droits à l'égalité». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto, Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge local Sheppard de la Cour suprême, [1983] B.C.W.L.D. 100, qui avait accordé une injonction interlocutoire. Pourvoi rejeté.

F. Schroeder, pour les appelants.

Peter Gall et *Donald Jordan*, pour l'intimée.

James M. Mabbutt et *Peter K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jack Giles, c.r., et *Robert McDonell*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Brian R. Burrows, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James L. Thistle et *Deborah E. Fry*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir si le piquetage secondaire fait par les membres d'un syndicat ouvrier dans le cadre d'un conflit de travail est une activité protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui, en conséquence, ne peut pas à bon droit être empêchée par voie d'injonction. En cherchant la réponse à cette question, il faut prendre en considération l'application de la *Charte* à la *common law* ainsi que son application aux litiges privés.

The respondent, Dolphin Delivery Ltd. ("Dolphin"), is a company engaged in the courier business in Vancouver and the surrounding area. Its employees are represented by a trade union, not the appellant. A collective agreement is in effect between Dolphin and the union representing its employees, which provides in clause 8: "it shall not be a violation of this agreement or cause for discipline or discharge if an employee refuses to cross a picket line which has been established in full compliance with the *British Columbia Labour Code*". The appellant trade union is the bargaining agent under a federal certification for the employees of Purolator Courier Incorporated ("Purolator"). That company has a principal place of operations in Ontario but, prior to the month of June, 1981 when it locked out its employees in a labour dispute, it had a place of operations in Vancouver. That dispute is as yet unresolved. Prior to the lock-out, Dolphin did business with Purolator making deliveries within its area for Purolator. Since the lock-out, Dolphin has done business in a similar manner with another company, known as Supercourier Ltd. ("Supercourier"), which is incorporated in Ontario. There is a connection between Supercourier and Purolator, the exact particulars of which are not clearly established in the evidence, but it appears that Dolphin carries on in roughly the same manner with Supercourier as it had formerly done with Purolator and about twenty per cent of its total volume of business originates with Supercourier. This is about the same percentage of business as was done with Purolator before the lock-out.

In October of 1982 the appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that Dolphin and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with the appellant. A declaration to this effect would have rendered lawful the picketing of the place of business of Dolphin under British Columbia legislation. The Board, however, declined to make the declaration sought, on the basis that it had no jurisdiction because the union's collective bargaining relationship with Purolator and any picketing which might be done were governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. In the face of this

L'intimée Dolphin Delivery Ltd. («Dolphin») est une société qui exploite une entreprise de messageries à Vancouver et dans les environs. Ses employés sont représentés par un syndicat autre que l'appelant. Suivant l'art. 8 de la convention collective qui régit les rapports entre Dolphin et le syndicat représentant ses employés, [TRADUCTION] «le refus d'un employé de franchir une ligne de piquetage établie en pleine conformité avec le *British Columbia Labour Code* ne constitue pas une violation de la présente convention et ne justifie ni mesures disciplinaires ni renvoi». Le syndicat appelant, accrédité en vertu de la loi fédérale, est l'agent négociateur des employés de Purolator Courier Incorporated («Purolator»). L'établissement principal de cette dernière société se trouve en Ontario mais, avant de lock-outer ses employés en juin 1981 lors d'un conflit de travail, elle avait un établissement à Vancouver. Ce conflit n'est pas encore réglé. Antérieurement au lock-out, Dolphin faisait affaires avec Purolator en effectuant pour celle-ci des livraisons dans la région qu'elle desservait. Depuis le lock-out, Dolphin fait affaires de la même manière avec une autre société connue sous le nom de Supercourier Ltd. («Supercourier») et constituée sous le régime de la loi ontarienne. Il existe entre Supercourier et Purolator un lien dont la nature exacte n'est pas établie clairement dans la preuve. Toutefois, il appert que Dolphin traite avec Supercourier à peu près de la même manière qu'elle le faisait auparavant avec Purolator et qu'environ vingt pour cent de son chiffre d'affaires provient de Supercourier. Cela correspond approximativement au pourcentage de ses affaires avec Purolator avant le lock-out.

En octobre 1982, l'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que Dolphin et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit qui les opposait. Aux termes de la loi de la Colombie-Britannique, une déclaration en ce sens aurait rendu légal le piquetage à l'établissement de Dolphin. La Commission a toutefois refusé d'accorder la déclaration demandée, pour le motif qu'elle n'avait pas compétence pour le faire étant donné que les négociations collectives entre le syndicat et Purolator et tout piquetage qui pourrait avoir lieu étaient régis par

1986 Can LII 5 (SCC)

finding it became common ground between the parties that where the *Labour Code* of British Columbia, R.S.B.C. 1979, c. 212, does not apply, the legality of picketing falls for determination under the common law because the *Canada Labour Code* is silent on the question. In November of 1982 the individual appellants, on behalf of the appellant union, advised Dolphin that its place of business in Vancouver would be picketed unless it agreed to cease doing business with Supercourier. An application was made at once for a *quia timet* injunction to restrain the threatened picketing. No picketing occurred, the application being made before its commencement.

The matter came before Sheppard L.J.S.C. and on November 30 he granted the injunction in these terms:

> ... that the Defendants and each of them and anyone acting for them or under their instructions, and anyone who has knowledge of such Order, be restrained from picketing or causing to be picketed the Plaintiff's place of business or near 30 West Pender Street, Vancouver, or elsewhere in the Province of British Columbia pending the trial or other disposition of this action.

He declined to find that Purolator and Dolphin were in fact allies, and said:

> On the material before me, I cannot agree with Counsel's interpretation of the facts. Clearly, the plaintiff is owned by persons who have no relationship with the persons who own Supercourier or Purolator. On a balance of probabilities and on the material before me, I find that even if Supercourier is a subterfuge set up by Purolator to circumvent the labour dispute, (a hypothesis which I find not to have been proven on the material) the plaintiff had no knowledge of this arrangement.

He then went on to say:

> On these facts, it appears to me that one of the leading authorities is the *Moffat Communications* case (supra) and that what the Union proposes in picketing

le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. Face à cette conclusion, les parties s'entendent pour dire que, dans les cas où le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, ne s'applique pas, la légalité du piquetage doit être déterminée en fonction de la *common law* vu le silence du *Code canadien du travail* sur cette question. En novembre 1982, les particuliers appelants ont, au nom du syndicat appelant, prévenu Dolphin que son établissement à Vancouver ferait l'objet de piquetage à moins qu'elle n'accepte de mettre fin à ses relations d'affaires avec Supercourier. Une demande a été faite immédiatement en vue d'obtenir une injonction *quia timet* qui empêcherait ce piquetage. En fait, il n'y a pas eu de piquetage puisque la demande a été faite avant qu'il n'ait pu commencer.

Le juge local Sheppard de la Cour suprême a été saisi de l'affaire et, le 30 novembre, il a accordé une injonction portant:

> [TRADUCTION] ... qu'il est interdit aux défendeurs, individuellement et collectivement, et à toute personne agissant en leur nom ou conformément à leurs directives et à toute personne ayant connaissance de cette ordonnance, de se livrer au piquetage, ou de faire faire du piquetage, à l'établissement de la demanderesse ou aux alentours de 30 ouest, rue Pender à Vancouver ou ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique en attendant que le litige soit réglé par voie de procès ou autrement.

Le juge Sheppard a refusé de conclure que Purolator et Dolphin étaient en réalité des alliées, disant à ce propos:

> [TRADUCTION] Je ne puis, sur la foi de la preuve dont je dispose, retenir l'interprétation donnée aux faits par l'avocat. Visiblement, la demanderesse appartient à des personnes qui n'ont aucun lien avec les propriétaires de Supercourier ou de Purolator. Selon la prépondérance des probabilités et compte tenu des éléments de preuve qu'on a produits, je conclus que, même si Supercourier est un subterfuge auquel a eu recours Purolator afin de contourner le conflit de travail (hypothèse qui, selon moi, n'a pas été prouvée), la demanderesse n'était pas au courant de cet arrangement.

Il a ajouté:

> [TRADUCTION] Compte tenu de ces faits, il me semble que l'un des arrêts de principe applicables est *Moffat Communications* (précité) et que ce que compte

the plaintiff applicant is secondary picketing for the purpose either of the tort of inducing breach of contract, or of the tort of civil conspiracy in that the predominant purpose of the picketing is to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and the protection of the defendant's interest. Accordingly, I find that the plaintiff is entitled to an injunction to restrain the picketing.

The Court of Appeal (Taggart, Hutcheon and Esson JJ.A.) [[1984] 3 W.W.R. 481] dismissed the appeal. The appellant did not seek to dispute the application of the common law by the Chambers judge. It chose to advance its argument under the *Charter*. The *Charter* had not been raised before the Chambers judge but was argued in the Court of Appeal, the respondent raising no objection to its introduction at that point. The position advanced by the appellant in the Court of Appeal was that the basis for the granting of the injunction, that is, the common law principles adopted and applied by the Chambers judge, had the effect of infringing the fundamental freedoms of the appellant guaranteed under s. 2 of the *Charter*, particularly s. 2(*b*), freedom of expression, and s. 2(*d*), freedom of association.

Esson J.A., speaking for himself and Taggart J.A., concluded that neither freedom of expression nor freedom of association could be invoked to protect the activity being restrained, and that even if freedom of expression of the appellant were infringed it would constitute a reasonable limitation under s. 1 of the *Charter*. Hutcheon J.A. was of the opinion that peaceful picketing is a protected form of expression under the *Charter*. He was of the view, however, that in so far as the purpose of the picketing was to induce a breach of contract, restraint of such picketing might be a reasonable limit under s. 1. He rejected the application of the tort of civil conspiracy in a labour dispute. He agreed with the majority as to the question of freedom of association. He considered that it should be left to the Chambers judge to decide whether the picketing would induce a breach of contract and also whether Dolphin and Purolator were allies. A finding that they were allies would have excluded, in his opinion, operation of s. 1 of the *Charter* because picketing of an ally would be an exercise of free-

faire le syndicat en faisant du piquetage chez la demanderesse requérante est du piquetage secondaire visant la perpétration des délits d'incitation à rompre un contrat ou de complot civil, en ce sens qu'il vise principalement à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur. Par conséquent, je conclus que la demanderesse a droit à une injonction empêchant le piquetage.

La Cour d'appel (les juges Taggart, Hutcheon et Esson) [[1984] 3 W.W.R. 481] a rejeté l'appel. L'appelant n'a pas cherché à contester l'application de la *common law* par le juge en chambre. Il a choisi plutôt de s'appuyer sur la *Charte*. Or, la *Charte* n'avait pas été invoquée devant le juge en chambre, mais, l'intimée ne s'y étant pas opposée, elle l'a été en Cour d'appel où l'appelant a fait valoir qu'en adoptant et en appliquant des principes de *common law* comme fondement de sa décision d'accorder l'injonction, le juge en chambre a porté atteinte aux libertés fondamentales que lui garantit l'art. 2 de la *Charte*, en particulier l'al. 2*b*) relatif à la liberté d'expression et l'al. 2*d*) relatif à la liberté d'association.

Le juge Esson, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Taggart, a conclu qu'on ne saurait invoquer ni la liberté d'expression ni la liberté d'association pour protéger l'activité faisant l'objet de l'injonction et que, même s'il y avait atteinte à la liberté d'expression de l'appelant, cela constituerait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Hutcheon pour sa part a été d'avis que le piquetage paisible est une forme d'expression protégée par la *Charte*. Il a estimé toutefois que, dans la mesure où le piquetage a pour but d'inciter à rompre un contrat, le fait de l'empêcher pourrait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier. Il a écarté l'applicabilité du délit de complot civil dans le cas d'un conflit de travail. Sur la question de la liberté d'association, il a partagé l'avis de la majorité. Il a estimé qu'il appartenait au juge en chambre de décider si le piquetage occasionnerait une rupture de contrat et aussi si Dolphin et Purolator étaient des alliées. Selon lui, une conclusion affirmative sur ce dernier point aurait exclu l'application de l'article premier de la *Charte* parce que le pique-

1986 CanLII 5 (SCC)

dom of expression. In the result, because one basis for the injunction had been shown, he agreed that the appeal should be dismissed.

In this Court, the appellants abandoned any appeal on the basis that the injunction infringed its freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. The appeal was limited to the claim that freedom of expression, secured under s. 2(*b*) of the *Charter*, had been infringed and that such an infringement was not a reasonable limit imposed by law under s. 1. The respondent contended that no freedom of expression had been infringed since picketing of the nature contemplated here was not a form of expression and, in the alternative, the injunction would constitute, in any event, a reasonable limit under s. 1.

The task of the Court in dealing with this case is made difficult by the way it developed in the courts below. The application for the injunction was made before any picketing occurred. The evidence was limited to affidavits, and some cross-examination upon them. Findings of fact on the crucial question of the nature of the apprehended picketing are limited. Ordinarily, the Court would not entertain constitutional questions without a more secure factual basis upon which to rest the argument. Because of the nature of this case, however, the Court has felt obliged to do so. I refer below to the findings of fact and to certain assumptions upon which the Court's judgment will rest.

It was said by Esson J.A. in the Court of Appeal [at p. 499]:

> The injunction is directed against secondary picketing, i.e., picketing of the premises and operation of some one who carries on business with the employer but who is a third party to the dispute between the union and employer. The chamber judge considered the question whether the relationship between the plaintiff, Super-Courier and Purolator was such that the plaintiff should not be considered a third party. He concluded that it was a third party. That conclusion must, for the purposes of this appeal, be accepted.

tage dirigé contre une alliée constituerait un exercice de la liberté d'expression. En dernière analyse, puisqu'on avait établi une justification de l'injonction, il a été d'accord pour dire qu'il y avait lieu de rejeter l'appel.

En cette Cour, les appelants ont renoncé à plaider que l'injonction portait atteinte à la liberté d'association que leur confère l'al. 2*d*) de la *Charte*. On a simplement allégué qu'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable imposée par une règle de droit au sens où l'entend l'article premier. L'intimée a soutenu qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à la liberté d'expression puisque le type de piquetage envisagé en l'espèce ne constituait pas une forme d'expression et, subsidiairement, que l'injonction représentait en tout état de cause une limite raisonnable au sens de l'article premier.

La tâche de cette Cour est rendue difficile en l'espèce par la manière dont le litige s'est déroulé devant les tribunaux d'instance inférieure. La demande d'injonction a été faite avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. La preuve se limitait à des affidavits et à des contre-interrogatoires portant sur ceux-ci. Les conclusions de fait sur la question fondamentale de la nature du piquetage appréhendé sont limitées. Normalement, la Cour n'accepte d'examiner des questions constitutionnelles que dans les cas où les arguments se fondent sur une base factuelle plus solide. Cependant, en raison de la nature de la présente affaire, la Cour se sent obligée de le faire. Voilà qui m'amène aux conclusions de fait et à certaines hypothèses sur lesquelles reposera la décision de la Cour.

Le juge Esson de la Cour d'appel a dit [à la p. 499]:

> [TRADUCTION] L'injonction vise à empêcher le piquetage secondaire, c.-à-d. le piquetage dirigé contre les locaux et l'entreprise d'une personne qui fait des affaires avec l'employeur, mais qui est étrangère au conflit entre celui-ci et le syndicat. Le juge en chambre s'est penché sur la question de savoir si les rapports entre la demanderesse Supercourier et Purolator étaient tels que la demanderesse ne doit pas être considérée comme un tiers. Il a conclu qu'elle avait cette qualité et on doit, aux fins du présent appel, accepter sa conclusion.

1986 Canlii 5 (SCC)

This finding of fact was contested. Counsel for the appellant contended that no such finding could be inferred from the reasons of the Chambers judge. I am of the view, however, from a perusal of the Chambers judge's reasons earlier quoted, that Esson J.A.'s comment was justified and I would accept as a fact that the respondent was found by the Chambers judge to be a third party to the dispute. In addition, the Chambers judge found that the purpose of the picketing was tortious and that the dominant purpose was to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and protection of the defendant's interest.

Hutcheon J.A. in the Court of Appeal also seems to have recognized the difficulty regarding the factual underpinning. He said [at p. 484]:

> The interim injunction was granted before any picketing took place. The proper assumptions to be made are that the picketing would be peaceful, that some employees of Dolphin Delivery and other trade union members of customers would not cross the picket line, and that the daily business of Dolphin Delivery would be disrupted to a considerable extent.

These assumptions are reasonable and I adopt them. In summary then, it has been found that the respondent was a third party, that the anticipated picketing would be tortious, that the purpose was to injure the plaintiff. It was assumed that the picketing would be peaceful, that some employees of the respondent and other trade union members of customers would decline to cross the picket lines, and that the business of the respondent would be disrupted to a considerable extent.

The following questions arise:

1. Does the injunction complained of in this case restrict the freedom of expression secured under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does the *Charter* apply to the common law?
3. Does the *Charter* apply in private litigation?
4. If it is found that the injunction does restrict freedom of information, is the limit imposed by the injunction a reasonable limit in accordance with s. 1 of the *Charter*?

Cette conclusion de fait a été contestée. L'avocat de l'appelant soutient qu'aucune conclusion du genre ne se dégage des motifs du juge en chambre. Toutefois, ayant examiné les extraits précités des motifs du juge en chambre, je suis d'avis que l'observation du juge Esson était justifiée et que le juge en chambre a réellement conclu que l'intimée était étrangère au conflit. Le juge de première instance a décidé en outre que l'objet du piquetage était de nature délictuelle et qu'il visait avant tout à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur.

Le juge Hutcheon de la Cour d'appel semble avoir lui aussi reconnu la difficulté du fondement factuel. Voici ce qu'il a affirmé [à la p. 484]:

> [TRADUCTION] L'injonction provisoire a été accordée avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. Cela étant, il faut présumer que le piquetage serait paisible, que certains employés de Dolphin Delivery et d'autres syndiqués travaillant pour des clients ne franchiraient pas la ligne de piquetage, et que les activités quotidiennes de Dolphin Delivery seraient considérablement perturbées.

Ces hypothèses sont raisonnables et je les fais miennes. En résumé donc, il a été conclu que l'intimée était étrangère au conflit, que le piquetage envisagé serait de nature délictuelle et qu'il avait pour objet de nuire à la demanderesse. On a présumé que le piquetage se passerait paisiblement, que certains employés de l'intimée et d'autres syndiqués travaillant pour des clients refuseraient de franchir les lignes de piquetage et que les affaires de l'intimée seraient considérablement perturbées.

Les questions suivantes se posent:

1. L'injonction dont on se plaint en l'espèce a-t-elle pour effet de restreindre la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?
3. La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?
4. Si on conclut que l'injonction impose une limite à la liberté d'information, cette limite est-elle raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

Freedom of Expression

As has been noted above, the only basis on which the picketing in question was defended by the appellants was under the provisions of s. 2(*b*) of the *Charter* which guarantees the freedom of expression as a fundamental freedom. Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

> If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility", he said, at p. 16:

> Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy. The courts have recognized this fact.

Liberté d'expression

Comme je l'ai déjà souligné, les appelants n'invoquent pour justifier le piquetage en question que les dispositions de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui garantissent la liberté d'expression à titre de liberté fondamentale. La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

> [TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

> [TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

For an American example, see the words of Holmes J. in his dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

> Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition .... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J., who formed a part of the majority which narrowed the scope of the crime of sedition, said, at p. 288:

> There is no modern authority which holds that the mere effect of tending to create discontent or disaffection among His Majesty's subjects or ill-will or hostility between groups of them, but not tending to issue in illegal conduct, constitutes the crime, and this for obvious reasons. Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. A superficial examination of the word shows its insufficiency: what is the degree necessary to criminality? Can it ever, as mere subjective condition, be so? Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in mortals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and

moderne. Les tribunaux ont reconnu ce fait. Pour un exemple américain, voir les motifs de dissidence du juge Holmes dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

> [TRADUCTION] « La persécution pour l'expression d'opinions me semble parfaitement logique. Il est naturel que quelqu'un qui ne doute pas de ses prémisses ni de son pouvoir et qui désire de tout son cœur obtenir un certain résultat exprime sa volonté sous la forme d'une loi et qu'il balaie toute opposition ... Mais lorsque les hommes se seront rendus compte que le temps a détruit beaucoup de convictions pour lesquelles on était prêt à se battre, ils pourront en arriver à croire, encore plus fermement qu'ils ne croient en le fondement même de leur propre conduite, que le libre échange des idées est le plus sûr moyen d'atteindre le bien suprême souhaité—que c'est le pouvoir d'une idée de triompher de toute concurrence pour enfin se faire accepter qui est la meilleure preuve de sa vérité et que ce n'est qu'à partir d'une base de vérité que les souhaits des hommes peuvent se réaliser sans que cela n'entraîne de risque.

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand, l'un des juges formant la majorité qui ont restreint la portée du crime de sédition, affirme, à la p. 288:

> [TRADUCTION] Pour des raisons évidentes, aucune décision moderne n'établit que le simple fait de tendre à provoquer le mécontentement ou la désaffection chez les sujets de Sa Majesté ou de causer de l'animosité ou de l'hostilité entre des groupes de ses sujets, sans toutefois tendre à aboutir à une conduite illégale, constitue le crime en question. La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. Un examen superficiel du terme révèle son insuffisance: que faut-il en fait pour qu'une conduite soit criminelle? D'un point de vue purement subjectif, peut-elle jamais l'être? Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un purita-

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

deeper uniformities as bases of social stability. Similarly in discontent, affection and hostility: as subjective incidents of controversy, they and the ideas which arouse them are part of our living which ultimately serve us in stimulation, in the clarification of thought and, as we believe, in the search for the constitution and truth of things generally.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where this Court struck down Quebec's padlock law, Rand J. again spoke strongly on this issue. He said, at p. 306:

But public opinion, in order to meet such a responsibility, demands the condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas. Parliamentary government postulates a capacity in men, acting freely and under self-restraints, to govern themselves; and that advance is best served in the degree achieved of individual liberation from subjective as well as objective shackles. Under that government, the freedom of discussion in Canada, as a subject-matter of legislation, has a unity of interest and significance extending equally to every part of the Dominion. With such dimensions it is *ipso facto* excluded from head 16 as a local matter.

This constitutional fact is the political expression of the primary condition of social life, thought and its communication by language. Liberty in this is little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence. As such an inherence in the individual it is embodied in his status of citizenship.

In the same case, Abbott J. said, at p. 326:

The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.

He went on to make extensive reference to the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-33, strongly

nisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre. Ainsi en va-t-il aussi du mécontentement, de la désaffection et de l'hostilité; en tant que phénomènes subjectifs découlant de la controverse, ces sentiments et les idées qui les suscitent font partie de notre vie quotidienne et, en dernière analyse, servent à nous stimuler, à clarifier nos idées et, à notre avis, nous aident dans nos efforts de déterminer la nature et la vérité de toutes choses.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, cette Cour a déclaré invalide la «loi du cadenas» du Québec et, une fois de plus, le juge Rand s'est prononcé vigoureusement sur la question. À la page 306, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Toutefois, l'opinion publique, pour faire face à une telle responsabilité, exige un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves. Le gouvernement parlementaire considère comme admise l'aptitude qu'a l'homme, agissant librement et sous son propre empire, à se gouverner lui-même. Ce progrès se réalise le mieux dans le degré de libération de l'homme de ses entraves, tant subjectives qu'objectives. Sous cette forme de gouvernement, la liberté de discussion au Canada, comme sujet de législation, revêt une importance et un intérêt égaux pour toutes les régions. Avec de telles dimensions, elle est *ipso facto* exclue du paragraphe 16 qui traite des matières de nature locale.

Ce fait constitutionnel est l'expression politique de la condition essentielle de la vie sociale, de la pensée et de sa communication par le langage. La liberté en ce domaine est tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu. En tant que caractère propre à l'individu, elle fait partie de son statut de citoyen.

Dans la même affaire, le juge Abbott dit, à la p. 326:

[TRADUCTION] Le droit d'exprimer librement nos opinions et nos critiques sur des questions d'intérêt public et sur l'administrationn des affaires publiques et le droit de discuter et de débattre ces questions, qu'elles soient sociales, économiques ou politiques, sont des droits essentiels au fonctionnement d'une démocratie parlementaire comme la nôtre.

Il poursuit en se référant abondamment aux propos du juge en chef Duff dans le *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

supporting what could almost be described as a constitutional position for the concept of freedom of speech and expression in Canadian law, and then said, at p. 328:

> Although it is not necessary, of course, to determine this question for the purposes of the present appeal, the Canadian constitution being declared to be similar in principle to that of the United Kingdom, I am also of opinion that as our constitutional Act now stands, Parliament itself could not abrogate this right of discussion and debate. The power of Parliament to limit it is, in my view, restricted to such powers as may be exercisable under its exclusive legislative jurisdiction with respect to criminal law and to make laws for the peace, order and good government of the nation.

It will be seen at once that Professor Peter W. Hogg, at p. 713 in his text, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), is justified in his comment that:

> Canadian judges have always placed a high value on freedom of expression as an element of parliamentary democracy and have sought to protect it with the limited tools that were at their disposal before the adoption of the Charter of Rights.

The *Charter* has now in s. 2(*b*) declared freedom of expression to be a fundamental freedom and any questions as to its constitutional status have therefore been settled.

The question now arises: Is freedom of expression involved in this case? In seeking an answer to this question, it must be observed at once that in any form of picketing there is involved at least some element of expression. The picketers would be conveying a message which at a very minimum would be classed as persuasion, aimed at deterring customers and prospective customers from doing business with the respondent. The question then arises. Does this expression in the circumstances of this case have *Charter* protection under the provisions of s. 2(*b*), and if it does, then does the injunction abridge or infringe such freedom?

et 133, où celui-ci a prôné énergiquement ce qu'on pourrait presque décrire comme un statut constitutionnel pour la notion de la liberté de parole et d'expression en droit canadien. Puis, à la p. 328, il affirme ceci:

> [TRADUCTION] Même si, naturellement, il n'est pas nécessaire de trancher cette question aux fins du présent pourvoi, puisqu'on a déclaré que la Constitution canadienne reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, je suis également d'avis que, dans l'état actuel de notre Loi constitutionnelle, le Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion et de débat. Le pouvoir du Parlement de le limiter se restreint, à mon avis, aux pouvoirs qu'il peut exercer en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de droit criminel et à ce qui peut se ranger sous son pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la nation.

On constate immédiatement que c'est avec raison que le professeur Peter W. Hogg a fait remarquer ce qui suit, à la p. 713 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985):

> [TRADUCTION] Les juges canadiens ont toujours attaché beaucoup d'importance à la liberté d'expression comme élément de la démocratie parlementaire et, par les moyens limités dont ils disposaient avant l'adoption de la Charte des droits, ils se sont efforcés de protéger cette liberté.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc plus aucun doute.

La question qui se pose maintenant est la suivante: La liberté d'expression est-elle en cause en l'espèce? En cherchant la réponse à cette question, il convient de souligner au départ que, quelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci. La question se pose ensuite de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit là d'une forme d'expression qui bénéficie de la protection accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'injonction restreint ou porte atteinte à cette liberté.

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

The appellants argue strongly that picketing is a form of expression fully entitled to *Charter* protection and rely on various authorities to support the proposition, including *Reference re Alberta Statutes*, *supra*; *Switzman v. Elbling*, *supra*; the American cases of *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) (*per* Murphy J., at p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (*per* Black J., at p. 302), and various other Canadian authorities. They reject the American distinction between the concept of speech and that of conduct made in picketing cases, and they accept the view of Hutcheon J.A. in the Court of Appeal, in adopting the words of Freedman C.J.M. in *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, that "Peaceful picketing falls within freedom of speech".

Les appelants soutiennent énergiquement que le piquetage est une forme d'expression qui peut parfaitement bénéficier de la protection de la *Charte* et, à l'appui de leur point de vue, ils invoquent plusieurs arrêts dont le *Reference re Alberta Statutes*, précité; *Switzman v. Elbling*, précité; les arrêts américains *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), (le juge Murphy, à la p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (le juge Black, à la p. 302); ainsi que plusieurs autres décisions canadiennes. Rejetant la distinction entre la notion de la parole et celle de la conduite que fait la jurisprudence américaine dans les affaires de piquetage, les appelants acceptent l'opinion exprimée par le juge Hutcheon de la Cour d'appel en faisant siens les propos du juge en chef Freeman dans l'arrêt manitobain *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, savoir que [TRADUCTION] «Le piquetage paisible relève du domaine de la liberté de parole».

The respondent contends for a narrower approach to the concept of freedom of expression. The position is summarized in the respondent's factum:

> 4. We submit that constitutional protection under section 2(b) should only be given to those forms of expression that warrant such protection. To do otherwise would trivialize freedom of expression generally and lead to a downgrading or dilution of this freedom.

L'intimée pour sa part donnerait à la notion de la liberté d'expression une portée plus étroite. Sa position est résumée dans son mémoire:

> [TRADUCTION] 4. Nous soutenons que la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2*b*) ne doit jouer qu'en faveur des formes d'expression qui méritent cette protection, sinon il y aurait une banalisation générale de la liberté d'expression, qui ne pourrait qu'entraîner l'avilissement ou la dilution de celle-ci.

Reliance is placed on the view of the majority in the Court of Appeal that picketing in a labour dispute is more than mere communication of information. It is also a signal to trade unionists not to cross the picket line. The respect accorded to picket lines by trade unionists is such that the result of the picketing would be to damage seriously the operation of the employer, not to communicate any information. Therefore, it is argued, since the picket line was not intended to promote dialogue or discourse (as would be the case where its purpose was the exercise of freedom of expression), it cannot qualify for protection under the *Charter*.

On s'appuie sur l'opinion, exprimée par la Cour d'appel à la majorité, selon laquelle le piquetage dans un conflit de travail ne sert pas qu'à communiquer de l'information. C'est aussi un appel aux syndiqués à ne pas franchir la ligne de piquetage. Les lignes de piquetage sont à ce point respectées par les syndiqués que le piquetage aurait pour effet non pas de communiquer des renseignements, mais de nuire gravement à l'entreprise de l'employeur. Par conséquent, prétend-on, puisque la ligne de piquetage n'avait pas pour but de favoriser le dialogue ou la discussion (comme ce serait le cas s'il avait pour objet l'exercice de la liberté d'expression), il ne peut bénéficier de la protection de la *Charte*.

1986 CanLII 5 (SCC)

On the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier and thus to exert economic pressure to force it to cease doing business with Supercourier. It is equally evident that, if successful, the picketing would have done serious injury to the respondent. There is nothing remarkable about this, however, because all picketing is designed to bring economic pressure on the person picketed and to cause economic loss for so long as the object of the picketing remains unfulfilled. There is, as I have earlier said, always some element of expression in picketing. The union is making a statement to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line. Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct. We need not, however, be concerned with such matters here because the picketing would have been peaceful. I am therefore of the view that the picketing sought to be restrained would have involved the exercise of the right of freedom of expression.

Compte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier et, par ce moyen, d'exercer sur elle une pression économique qui la forcerait à cesser de faire affaires avec Supercourier. Il est évident aussi qu'en cas de réussite le piquetage aurait causé à l'intimée un préjudice grave. Cela n'a toutefois rien de remarquable puisque tout piquetage vise à exercer une pression économique sur la personne qui en fait l'objet et à provoquer des pertes financières tant que le but du piquetage n'est pas atteint. Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression.

Section 1 of the *Charter*

It is not necessary, in view of the disposition of this appeal that I propose, to deal with the application of s. 1 of the *Charter*. It was, however, referred to in the Court of Appeal and I will deal with it here. It will be recalled that the Chambers judge in granting the injunction did so on the basis that the picketing involved the commission of two common law torts, that of civil conspiracy to injure and that of inducing a breach of contract. Hutcheon J.A. in the Court of Appeal said [at pp. 486-87]:

L'article premier de la *Charte*

Vu l'issue du pourvoi que je propose, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, comme on s'y est penché en Cour d'appel, je vais en traiter ci-dessous. Il faut se rappeler que le juge en chambre a accordé l'injonction parce que le piquetage comportait la perpétration de deux délits de *common law*, celui de complot civil en vue de nuire et celui d'incitation à la rupture d'un contrat. En Cour d'appel, le juge Hutcheon a dit [aux pp. 486 et 487]:

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

I think that the two torts must be treated differently. The tort of conspiracy to injure has not received acceptance in this province; s. 5 of the Trade-unions Act, 1959 (B.C.), c. 90, repealed the doctrine of civil conspiracy where the trade-union acted in contemplation or furtherance of a labour dispute. It remains in that state today under the Labour Code (s. 89). Section 89 reads:

"89. An act done by 2 or more persons acting by agreement or combination, if done in contemplation or furtherance of a labour dispute, is not actionable unless it would be wrongful without an agreement or combination."

Without attempting to trace the position of the tort of conspiracy in the other provinces, I am satisfied that it warrants this description by Professor Arthurs, "Tort Liability for Strikes in Canada" (1960), 38 Can. Bar Rev. 346, at p. 362.

"The modern tort of conspiracy stands condemned, almost universally, as the vehicle of judicial anti-unionism. Authors throughout the common-law world have denounced it as a "weapon ... wielded with transparent partisanship to counter the aspirations of the trade union movement."

It should be noted that in British Columbia the common law tort of conspiracy to injure, as employed in labour disputes, has been abolished by statute and it would not be available as a support for an injunction. I am aware that the labour relations of the appellants are governed by the *Canada Labour Code*. However, since the *Canada Labour Code* is silent on the question of picketing, the common law applies, in this case the common law of British Columbia from which the tort of conspiracy has been expunged in labour disputes. In my view then the tort of civil conspiracy to injure may not be relied upon to support the injunction, which therefore must find its sole support from the tort of inducing a breach of contract.

The question then is: Can an injunction based on the common law tort of inducing a breach of contract, which has the effect of limiting the *Charter* right to freedom of expression, be sustained as a reasonable limit imposed by law in the peculiar facts of this case. The question of the

[TRADUCTION] J'estime que ces deux délits doivent être traités différemment. Le délit civil de complot en vue de nuire n'est pas reconnu dans cette province; l'art. 5 de la *Trade Union Act*, 1959, a rendu inapplicable la doctrine du complot civil dans le cas où un syndicat agissait en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail. Tel est encore le cas aujourd'hui sous le régime du *Labour Code* (art. 89). L'article 89 est ainsi conçu:

«89. Un acte, qui n'est pas par ailleurs illégal, accompli par au moins deux personnes agissant de concert ou par suite d'une entente, ne donne pas lieu à des poursuites s'il est accompli en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail.»

Sans tenter de décrire ce que peut être la situation dans les autres provinces relativement au délit civil de complot, je suis convaincu que la description qu'en donne le professeur Arthurs, dans «Tort Liability for Strikes in Canada» (1960), 38 R. du B. can. 346, à la p. 362, est justifiée.

«Le délit civil moderne de complot est presque universellement condamné comme un instrument d'antisyndicalisme judiciaire. Partout dans les pays de *common law*, les auteurs de doctrine l'ont dénoncé comme étant une «arme ... brandie avec un esprit franchement partisan pour contrecarrer les aspirations du mouvement syndical.»

Soulignons qu'en Colombie-Britannique le délit civil de complot en vue de nuire prévu par la *common law* semblerait avoir été aboli par voie législative et, du moins en ce qui concerne les conflits de travail, il ne saurait fonder une injonction. Je suis conscient que les relations de travail des appelants sont régies par le *Code canadien du travail* dans la mesure où il s'applique. Toutefois, vu le silence du *Code canadien du travail* sur la question du piquetage, c'est la *common law* qui s'applique—en l'occurrence celle de la Colombie-Britannique—où ce délit a été supprimé en matière de conflits de travail. J'estime donc que le délit de complot civil en vue de nuire ne peut être invoqué pour justifier une injonction qui ne peut en conséquence avoir d'autre fondement que le délit d'incitation à la rupture d'un contrat.

La question qui se pose est donc la suivante: compte tenu des faits particuliers de la présente affaire, l'injonction fondée sur le délit de *common law* d'incitation à la rupture d'un contrat, qui a pour effet de limiter le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, peut-elle être confirmée

1998 CanLII 5 (SCC)

application of s. 1 of the *Charter* has been the subject of comment in this Court in earlier cases, for example, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; and, more recently, *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Ordinarily, some evidence will be necessary to enable the Court to decide whether s. 1 should be applied to preserve a limitation on a right, and the burden of proof will lie upon the party supporting the limitation. Dickson C.J. in the *Oakes* case, however, at p. 138, remarked concerning the need for evidence:

> I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

This, in my view, is such a case in so far as the need for evidence is concerned. The evidence before the Chambers judge, together with the assumptions and findings referred to above, provide a sufficient basis for the consideration of this question.

From the evidence, it may well be said that the concern of the respondent is pressing and substantial. It will suffer economically in the absence of an injunction to restrain picketing. On the other hand, the injunction has imposed a limitation upon a *Charter* freedom. A balance between the two competing concerns must be found. It may be argued that the concern of the respondent regarding economic loss would not be sufficient to constitute a reasonable limitation on the right of freedom of expression, but there is another basis upon which the respondent's position may be supported. This case involves secondary picketing—picketing of a third party not concerned in the dispute which underlies the picketing. The basis of our system of collective bargaining is the proposition that the parties themselves should, wherever possible, work out their own agreement. Professor Weiler in *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), at pp. 64-65, states:

> The basic assumption of our industrial relations system is the notion of freedom of contract between the

à titre de limite raisonnable imposée par une règle de droit? L'applicabilité de l'article premier de la *Charte* a déjà été commentée par cette Cour, notamment dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et plus récemment, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ordinairement, la Cour a besoin d'éléments de preuve pour pouvoir décider s'il y a lieu d'appliquer l'article premier pour confirmer une limite apportée à un droit et c'est à la partie qui plaide en faveur de cette limite qu'incombe la charge de la preuve. Toutefois, à la p. 138 de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson fait observer ceci au sujet de la nécessité d'une preuve:

> Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Tel est, à mon avis, le cas en l'espèce en ce qui concerne la nécessité d'une preuve. La preuve soumise au juge en chambre ainsi que les présomptions et les conclusions susmentionnées fournissent un fondement suffisant pour l'examen de cette question.

D'après la preuve, on peut fort bien affirmer que la préoccupation de l'intimée est urgente et réelle. En l'absence d'une injonction empêchant le piquetage, elle subira un préjudice économique. Par ailleurs, l'injonction impose une limite à une liberté garantie par la *Charte*. Il nous faut donc établir un juste équilibre entre ces deux intérêts opposés. On peut soutenir que la préoccupation de l'intimée concernant une perte économique ne suffit pas pour rendre raisonnable une limite au droit à la liberté d'expression, mais il y a un autre fondement sur lequel peut s'appuyer la position de l'intimée. Il est question en l'espèce de piquetage secondaire, c.-à-d. de piquetage dirigé contre un tiers qui n'est nullement impliqué dans le conflit à l'origine du piquetage. Or, notre régime de négociation collective repose sur le principe selon lequel les parties doivent, dans la mesure du possible, en venir elles-mêmes à une entente. Le professeur Weiler dans *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), aux pp. 64 et 65, affirme ceci:

> [TRADUCTION] L'idée fondamentale qui sous-tend notre système de relations industrielles est la notion de

1986 CanLII 5 (SCC)

union and the employer. There are powerful arguments in favour of that policy of freedom of contract. We are dealing with the terms and conditions under which labour will be purchased by employers and will be provided by employees. The immediate parties know best what are the economic circumstances of their relationship, what are their non-economic priorities and concerns, what trade-offs are likely to be most satisfactory to their respective constituencies. General legal standards formulated by government bureaucrats are likely to fit like a procrustean bed across the variety and nuances of individual employment situations.

. . .

The freedom to agree logically entails the right to disagree, to fail to reach an acceptable compromise. Most of the time good faith negotiation does produce a settlement at the bargaining table, often without a great deal of trouble. But often enough it does not; and of course it is the failures which generate the visible tumult and shouting. And at that point the collective bargaining system diverges sharply from other components in the market economy.

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others. Weiler, *supra*, at p. 80, again comments:

> . . . strike action is legal only in order to resolve a dispute with an employer about the negotiation of a new collective agreement. Logically a picket line should be legitimate only on such an occasion. As well the only

la liberté contractuelle du syndicat et de l'employeur. Des arguments puissants militent en faveur de ce principe de la liberté contractuelle. En effet, il est question de modalités selon lesquelles le travail sera acheté par les employeurs et fourni par les employés. Ce sont les parties immédiates qui sont les mieux placées pour connaître les circonstances économiques de leurs rapports et pour savoir quelles sont leurs priorités et préoccupations non économiques et quels compromis conviendront vraisemblablement le mieux aux personnes qu'elles représentent. Des normes juridiques générales établies par des bureaucrates gouvernementaux risqueraient de tenir compte assez mal de la variété des cas qui peuvent se présenter et de leurs nuances.

. . .

Logiquement, la liberté de se mettre d'accord suppose le droit d'être en désaccord, de ne pas en arriver à un compromis acceptable. La plupart du temps, des négociations menées de bonne foi aboutissent à un règlement à la table de négociation, et ce, souvent sans trop de difficulté. Toutefois, il arrive assez fréquemment qu'il n'en soit pas ainsi; et, évidemment, ce sont les échecs qui donnent naissance aux disputes ouvertes. C'est à ce moment-là que le régime de négociation collective s'écarte radicalement des autres composantes de l'économie de marché.

Lorsque les parties exercent leur droit d'être en désaccord, le piquetage et d'autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s'ensuivre. Sur le plan social, le coût d'un conflit est très élevé; il y a perte d'heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d'être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n'est qu'à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l'intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d'empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d'y recourir pour nuire à d'autres personnes. Weiler, précité, à la p. 80, fait de nouveau observer:

> [TRADUCTION] . . . le recours à la grève n'est légal que pour régler un différend avec un employeur relativement à la négociation d'une nouvelle convention collective. Logiquement, ce devrait être le seul cas où une ligne de

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

permissible target of the picket line should be the *primary* employer—that employer with whom the union is negotiating and whom it is trying to compel to make favourable concessions in order to settle the agreement. Putting it the other way, unions should not be permitted to picket the business of a third party. Such a *secondary* employer is not involved in the primary dispute, it does not have it within its power to make the concessions that will settle the new contract, and thus it should not be the target of a weapon whose legitimate purpose is to extract such economic concessions.

piquetage serait légitime. De plus, il ne devrait être permis de diriger le piquetage que contre l'employeur *principal*—l'employeur avec lequel le syndicat est en train de négocier et qu'il veut amener à faire des concessions en sa faveur afin qu'on puisse en arriver à une entente. Autrement dit, il ne devrait pas être permis aux syndicats de faire du piquetage contre l'entreprise d'un tiers. Un tel employeur *secondaire* n'est pas impliqué dans le conflit principal; il n'est pas en mesure de faire les concessions qui aboutiront à une nouvelle convention; par conséquent, il ne devrait pas être la cible d'une arme dont le but légitime est de forcer des concessions économiques.

It should be noted here that in the Province of British Columbia, secondary picketing of the nature involved in this case, save for the picketing of allies of the employer, has been made unlawful by the combined effect of ss. 85(3) and 88 of the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, as amended. This statute, of course, does not apply in this case, but it is indicative of the legislative policy, in respect of the regulation of picketing in that Province. It shows that the application of s. 1 of the *Charter* to sustain the limitation imposed by the common law would be consistent with legislative policy in British Columbia. I would say that the requirement of proportionality is also met, particularly when it is recalled that this is an interim injunction effective only until trial when the issues may be more fully canvassed on fuller evidence. It is my opinion then that a limitation on secondary picketing against a third party, that is, a non-ally, would be a reasonable limit in the facts of this case. I would therefore conclude that the injunction is "a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society".

Il faut souligner ici qu'en Colombie-Britannique, sauf s'il s'agit du piquetage des alliés de l'employeur, le piquetage secondaire, tel celui en l'espèce, est illégal de par l'effet combiné du par. 85(3) et de l'art. 88 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, et modifications. Cette loi ne s'applique évidemment pas en l'espèce, mais elle est indicative de la politique législative en ce qui concerne la réglementation du piquetage dans cette province. Cela indique que le recours à l'article premier de la *Charte* pour maintenir la limite imposée en *common law* serait compatible avec la politique législative de la Colombie-Britannique. Je souligne que l'exigence de proportionnalité a aussi été remplie, particulièrement lorsqu'on se rappelle qu'il s'agit en l'espèce d'une injonction provisoire qui ne demeurera en vigueur que jusqu'au procès au cours duquel les questions litigieuses pourront être étudiées d'une manière plus approfondie en fonction d'une preuve plus complète. Je suis donc d'avis que, compte tenu des faits de la présente affaire, la limite imposée au piquetage secondaire dirigé contre un tiers, c.-à-d. contre un non-allié, est raisonnable. En conséquence, je conclus que l'injonction est «une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Does the *Charter* apply to the Common Law?

In my view, there can be no doubt that it does apply. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?

À mon avis, il n'y a pas de doute qu'elle s'y applique. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

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

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

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

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

The English text provides that "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". If this language is not broad enough to include the common law, it should be observed as well that the French text adds strong support to this conclusion in its employment of the words "*elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit*". (Emphasis added.) To adopt a construction of s. 52(1) which would exclude from *Charter* application the whole body of the common law which in great part governs the rights and obligations of the individuals in society, would be wholly unrealistic and contrary to the clear language employed in s. 52(1) of the Act.

Le texte anglais de la disposition se lit ainsi: «*any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». À supposer que ces termes ne soient pas assez généraux pour inclure la *common law*, on devrait faire observer également que le texte français vient appuyer davantage cette conclusion en ce qu'il utilise les mots «elle rend inopérantes les dispositions de toute autre règle de droit». (C'est moi qui souligne.) Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe.

Does the *Charter* apply to private litigation?

This question involves consideration of whether or not an individual may found a cause of action or defence against another individual on the basis of a breach of a *Charter* right. In other words, does the *Charter* apply to private litigation divorced completely from any connection with Government? This is a subject of controversy in legal circles and the question has not been dealt with in this Court. One view of the matter rests on the proposition that the *Charter*, like most written constitutions, was set up to regulate the relationship between the individual and the Government. It was intended to restrain government action and to protect the individual. It was not intended in the absence of some governmental action to be applied in private litigation.

La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?

Cette question exige qu'on examine si, entre particuliers, une cause d'action peut être fondée sur la violation d'un droit garanti par la *Charte* ou si une telle violation peut être invoquée comme moyen de défense. En d'autres termes, la *Charte* s'applique-t-elle à des litiges privés qui n'ont absolument rien à voir avec le gouvernement? Voilà un point controversé en milieu juridique sur lequel cette Cour n'a pas encore eu à se prononcer. Selon un point de vue, la *Charte*, comme la plupart des constitutions écrites, a été créée pour régir les rapports entre les particuliers et le gouvernement. Elle vise à imposer des restrictions à l'action du gouvernement et à protéger les particuliers. Elle n'est pas destinée, en l'absence d'une action gouvernementale quelconque, à être appliquée aux litiges privés.

Support for this view is found in Peter W. Hogg, *supra*, at pp. 670-78, and in an article by Katherine Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Tarnopolsky and

Cette opinion est appuyée par Peter W. Hogg, précité, aux pp. 670 à 678, et par un article de Katherine Swinton, intitulé «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans

1986 CanLII 5 (SCC)

Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary.*

At pages 674-75 in his text, Professor Hogg says:

The rights guaranteed by the Charter take effect only as restrictions on the power of government over the persons entitled to the rights. The Charter regulates the relations between government and private persons, but it does not regulate the relations between private persons and private persons. Private action is therefore excluded from the application of the Charter. Such actions as an employer restricting an employee's freedom of speech or assembly, a parent restricting the mobility of a child, or a landlord discriminating on the basis of race in his selection of tenants, cannot be breaches of the Charter, because in no case is there any action by the Parliament or government of Canada or by the Legislature or government of a province. In cases where private action results in a restriction of a civil liberty, there may be a remedy for the aggrieved person under a human rights code, under labour law, family law, tort law, contract law or property law, or under some other branch of the law governing relations between private persons; but there will be no breach of the Charter.

In her discussion of this question, Professor Swinton has pointed out that certain sections of the *Charter* might support the proposition that it could apply in private litigation, but she makes it clear on an overall view of the *Charter* that its application to private litigation is, in her view, excluded. She has pointed out that the *Charter* is not designed to be employed in private litigation and by its very nature it is not suited for that purpose. At pages 47-48, she says:

Moreover, in considering whether the Charter should be directly applicable, the courts should bear in mind its drawbacks as a method of dealing with private action and the advantages of leaving the regulation of such conduct to human rights legislation or other legal controls. Legislation can be tailored to deal with the tension between privacy rights and equality or that between freedom of expression and prohibition of hate literature. It can expressly limit the applicability of equality guarantees to services or to areas open to the public, or specify the right to set *bona fide* job qualifications. The Charter is not so refined, and provides no guidelines for

Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés.*

Aux pages 674 et 675 de l'ouvrage du professeur Hogg, on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] Les droits garantis par la Charte ne jouent qu'à titre de restrictions au pouvoir du gouvernement sur les titulaires de ces droits. La Charte régit les rapports entre le gouvernement et les particuliers, mais non pas ceux entre particuliers. Les actions privées échappent donc à son application. Si, par exemple, un employeur impose des restrictions à la liberté de parole ou de réunion d'un employé, si un parent limite la liberté de circulation et d'établissement de son enfant, ou si un propriétaire en choisissant ses locataires fait des distinctions fondées sur la race, ces actes ne peuvent constituer des infractions à la Charte puisque, dans ces cas, il n'y a aucune intervention du Parlement ou du gouvernement du Canada ou de la législature ou du gouvernement d'une province. Lorsque l'acte d'un particulier entraîne une restriction à une liberté civile, il est possible que la personne lésée puisse exercer un recours en vertu d'un code des droits de la personne, en vertu du droit du travail, du droit de la famille, du droit en matière de responsabilité délictuelle, du droit des contrats ou des biens, ou en vertu de quelque autre domaine du droit régissant les relations entre particuliers; mais il n'y a pas dans ce cas-là de violation de la Charte.

Dans son analyse de cette question, le professeur Swinton souligne que certains articles de la *Charte* pourraient appuyer la thèse de son applicabilité aux litiges privés, mais elle prend bien soin de préciser qu'une vue d'ensemble de la *Charte* exclut, à son avis, son application aux actions privées. En effet, elle fait remarquer que la *Charte* n'est pas destinée à être utilisée dans des litiges privés et que, de par sa nature même, elle ne se prête pas à une telle utilisation. Aux pages 58 et 59, elle affirme ceci:

En outre, en jugeant si la *Charte* devrait s'appliquer directement aux particuliers, les tribunaux devraient tenir compte de ses désavantages en tant que façon de traiter des actes des particuliers et des avantages qu'il y a à laisser la réglementation de cette conduite aux lois sur les droits de la personne ou aux autres contrôles légaux. Les lois peuvent être adaptées de façon à tenir compte de la tension entre le droit à l'intimité et celui à l'égalité ou entre la liberté d'expression et l'interdiction de la propagande haineuse. Elles peuvent expressément limiter l'application des garanties d'égalité aux services ou aux secteurs ouverts au public, ou préciser le droit

1986 CanLII 5 (SCC)

its application. These would have to be judicially determined.

As well, statutes such as particular human rights and equal pay laws contain an administrative structure designed to promote mediated settlements of disputes, rather than resort to litigation. There is an elaborate structure of conciliation preceding adjudications by an administrative tribunal, which can have an educative effect between the parties. The Charter will be interpreted for the most part in the courts, where there is no built-in mechanism to encourage settlement.

and later, she said, at p. 48:

One should also keep in mind the concerns of the federal and provincial governments in drafting and agreeing to the Charter. Their focus was its effect on their own governmental operations. That is the reason for s. 1, requiring the courts to interpret the guarantees so as to allow reasonable limitations imposed by law. The override section (s. 33), allowing the legislatures to enact laws infringing the Charter, also indicates that governments were concerned about bounds on legislative action. The governments did not address the application of the Charter to private action, and indeed it would have been strange for them to do so, for their existing human rights codes address that matter.

More recently, Dubin J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal for Ontario (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting) in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, in a case involving a claim for discrimination on account of sex, said: "In my opinion s. 15 of the Charter does not reach private activity within a province". He then expressed agreement with the words of Professor Tarnopolsky (as he then was) in Tarnopolsky and Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary (supra)*, at pp. 422-23, where he said:

In our own case under the Charter, it is suggested that s. 15 is not likely to be applied in the courts except in cases where a discriminatory act is committed by legislative action, and the jurisdiction concerned does

d'exiger certaines compétences pour un travail. La *Charte* n'est pas aussi détaillée et ne fournit aucune directive quant à son application. Celles-ci devront être établies par les tribunaux.

Aussi, des lois comme certaines lois sur les droits de la personne et sur l'égalité de rémunération prévoient une structure administrative destinée à favoriser le règlement des conflits sans recourir aux tribunaux. Avant que la décision soit rendue par un tribunal administratif, il y a toute une structure de conciliation qui peut avoir un effet éducatif sur les parties. Par contre, dans la plupart des cas, la *Charte* sera interprétée par les cours de justice, où il n'existe aucun mécanisme visant à encourager les règlements à l'amiable.

Plus loin, aux pp. 59 et 60, elle ajoute:

Il faudrait également tenir compte des préoccupations des gouvernements fédéral et provinciaux lorsqu'ils ont rédigé et accepté la *Charte*. Ils se préoccupaient surtout de ses effets sur leur propre fonctionnement. C'est là la raison d'être de l'article 1 qui exige que les tribunaux interprètent les garanties de façon à permettre des limites raisonnables imposées par la loi. L'article de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures d'adopter des lois dérogeant à la *Charte*, montre aussi que les gouvernements se préoccupaient des limites imposées aux mesures législatives. Les gouvernements ne se sont pas préoccupés de l'application de la *Charte* aux actes des particuliers, et il aurait d'ailleurs été curieux qu'ils le fassent, car leurs codes des droits de la personne en traitent.

Plus récemment, voici ce qu'a affirmé le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario, s'exprimant au nom des juges formant la majorité (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident) dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, où il était question d'une plainte de discrimination fondée sur le sexe: [TRADUCTION] «À mon avis, l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique pas aux activités de particuliers dans la province». Il s'est ensuite dit d'accord avec les propos du professeur Tarnopolsky (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario), dans Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, précité, à la p. 533 où ce dernier affirme:

En ce qui regarde la *Charte* canadienne, nous croyons que, l'article 15 ne sera probablement pas appliqué par les tribunaux sauf dans des circonstances où un geste discriminatoire est posé *au moyen* d'une loi et qu'il

1986 CanLII 5 (SCC)

not have an overriding clause in its Human Rights Act, as do Alberta, Quebec and Saskatchewan. This would be so for the following reasons:

1. By s. 32(1), the *Charter* is specifically made applicable only *to* the Parliament and government of Canada and *to* the legislature and government of each province "*in respect of* all matters within the authority" of the respective legislative body. Thus, although legislative and executive actions are covered by the Charter, it is not made applicable to private action.

2. Section 15 refers to equality before and under the *law*, as well as equal protection and benefit of the *law*. Thus, although an anti-discrimination (human rights) law would *itself* have to conform to s. 15, it, and not s. 15, would be directly applicable to discriminatory actions by private persons.

3. Every jurisdiction in Canada has an anti-discrimination statute which is explicitly made applicable to the Crown. It is unlikely, therefore, that a complainant would resort to a constitutional action in the courts, rather than the complaint process under the anti-discrimination laws.

Dubin J.A. then noted that McNair J., of the Federal Court, Trial Division, in *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269, had approved the words of Professor Swinton, at pp. 44-45 in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, *supra*:

The automatic response to a suggestion that the Charter can apply to private activity, without connection to government, will be that a Charter of Rights is designed to bind governments, not private actors. That is the nature of a constitutional document: to establish the scope of governmental authority and to set out the terms of the relationship between the citizen and the state and those between the organs of government. The purpose of a Charter of Rights is to regulate the relationship of an individual with the government by invalidating laws and governmental activity which infringe the rights guaranteed by the document, while relationships between individuals are left to the regulation of human rights codes, other statutes, and common law remedies, such as libel and slander laws. Furthermore, s. 32(1) specifically states that the Charter applies to "the Parliament and government of Canada *in respect* of all matters within

n'existe pas de «clause nonobstant» dans la Loi sur les droits de l'homme du gouvernement en question, comme c'est le cas de l'Alberta, du Québec et de la Saskatchewan. Ceci se produirait pour les raisons suivantes:

1. En vertu du paragraphe 1 de l'article 32, la *Charte* s'applique exclusivement *au* Parlement et *au* gouvernement du Canada et *à* la législature et *au* gouvernement de chaque province «pour tous les domaines relevant» de chaque organisme législatif. Par conséquent, même si la Charte s'applique à des actes législatifs ou exécutifs, sa portée ne s'étend pas à l'activité des particuliers.

2. L'article 15 porte sur l'égalité devant la *loi*, de même que sur l'égalité de bénéfice et la protection égale de la *loi*. Même si une loi antidiscriminatoire (sur les droits de la personne) doit respecter les dispositions de l'article 15, c'est cette loi et non l'article 15 qui s'appliquerait directement à des actes discriminatoires posés par des individus.

3. Il existe au sein de chaque ordre de gouvernement au Canada une loi antidiscriminatoire qui s'applique de façon explicite à la Couronne. Il est par conséquent peu probable qu'un plaignant intente des poursuites devant les tribunaux en vertu de la Constitution plutôt qu'en vertu des lois antidiscriminatoires.

Le juge Dubin souligne ensuite que, dans la décision *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269, le juge McNair de la Cour fédérale, Division de première instance, a approuvé les propos tenus par le professeur Swinton à la p. 55 de l'ouvrage intitulé *Charte canadienne des droits et libertés*, précité:

À la suggestion que la *Charte* peut s'appliquer aux activités de particuliers, sans lien avec le gouvernement, on peut répondre automatiquement qu'une charte des droits lie les gouvernements et non les particuliers. Telle est la nature d'un document constitutionnel: établir la portée des pouvoirs gouvernementaux et exposer les conditions des relations entre les citoyens de l'État et entre les divers organes du gouvernement. Le but d'une charte des droits est de régir les rapports entre un particulier et le gouvernement en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales qui empiètent sur les droits garantis par le document, les rapports entre les particuliers étant laissés aux codes des droits de la personne, aux autres lois et aux recours de la «common law», par exemple les lois sur la diffamation. En outre, le paragraphe 32(1) déclare expressément que la *Charte* s'applique au «Parlement et au gouvernement du

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

the authority of Parliament" (emphasis added). It is governmental action which is caught, not private action.

He concluded on this point: "I agree with McNair J., and, with respect, I do not agree with the contrary opinion to be found in *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (Alta. Q.B.)"

Further support for the view that the *Charter* does not apply in litigation between private parties is to be found in a helpful article in (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, by Anne McLellan and Bruce P. Elman, entitled, "To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32", which reviews the case law as it has developed, and says at p. 367:

In conclusion it is suggested that the better view is that the Charter applies only to government action. To hold otherwise would be to increase the scope of the Charter immeasurably. In cases involving arrests, detentions, searches and the like, to apply the Charter to purely private action would be tantamount to setting up an alternative tort system. In the area of private discrimination, an entirely new system of civil liability in competition with the dispute resolution mechanisms fostered by human rights legislation would result.

Views to the contrary have been expressed in articles by Dale Gibson: "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213; "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505, as well as Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

I am in agreement with the view that the *Charter* does not apply to private litigation. It is evident from the authorities and articles cited above that that approach has been adopted by most judges and commentators who have dealt with this question. In my view, s. 32 of the *Charter*, specifically dealing with the question of *Charter* application, is conclusive on this issue. Section 32 is reproduced hereunder:

Canada, *pour* tous les domaines relevant du Parlement» (les italiques sont de nous). Ce sont les actes du gouvernement qui sont visés, non ceux des particuliers.

Il a conclu sur ce point: [TRADUCTION] «Je suis d'accord avec le juge McNair et, avec égards, je ne partage pas l'opinion contraire exprimée dans *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (B.R. Alb.)»

Le point de vue selon lequel la *Charte* ne s'applique pas aux litiges opposant des particuliers est également appuyé par un article utile de Anne McLellan et Bruce P. Elman, intitulé «To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32», que l'on trouve à (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, et qui passe en revue la jurisprudence telle qu'elle s'est développée. On peut lire à la p. 367:

[TRADUCTION] Finalement, on laisse entendre que le meilleur point de vue est celui que la Charte ne s'applique qu'aux actions gouvernementales. Conclure autrement reviendrait à augmenter démesurément la portée de la Charte. Dans les affaires où il est question d'arrestations, de détentions, de fouilles, de perquisitions et ainsi de suite, appliquer la Charte aux actions purement privées reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile. Dans le domaine de la discrimination entre particuliers, il résulterait un tout nouveau régime de responsabilité civile qui ferait concurrence aux mécanismes de règlement des litiges favorisés par les lois en matière de droits de la personne.

Pour des points de vue contraires, voir les articles de Dale Gibson: «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213; «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505, ainsi que Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

Je suis d'accord avec le point de vue que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés. Il ressort nettement de la jurisprudence et des articles précités que c'est le point de vue qu'ont adopté la plupart des juges et des glossateurs qui ont abordé cette question. À mon sens, l'art. 32 de la *Charte*, qui traite expressément de l'application de la *Charte*, est déterminant sur ce point. Voici le texte de l'art. 32:

1986 CanLII 5 (SCC)

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature.

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature.

1986 CanLII 5 (SCC)

Section 32(1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the Provinces in respect of all matters within their respective authorities. In this, it may be seen that Parliament and the Legislatures are treated as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government, and therefore where the word 'government' is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government. The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word 'government' is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. This is the sense in which the words 'Government of Canada' are ordinarily employed in other sections of the *Constitution Act, 1867*. Sections 12, 16, and 132 all refer to the Parliament and the Government of Canada as separate entities. The words 'Government of Canada', particularly where they follow a reference to the word 'Parliament', almost always refer to the executive government.

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État—mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme «gouvernement», qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot «gouvernement» utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. C'est en ce sens que l'expression «gouvernement du Canada» est ordinairement utilisée dans d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 12, 16 et 132 désignent tous le Parlement et le gouvernement du Canada comme des entités distinctes. L'expression «gouvernement du Canada», en particulier lorsqu'elle suit le mot «Parlement», désigne presque toujours le pouvoir exécutif.

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable

AGC0609

branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the *Charter* will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. In this way the *Charter* will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom.

The element of governmental intervention necessary to make the *Charter* applicable in an otherwise private action is difficult to define. We have concluded that the *Charter* applies to the common law but not between private parties. The problem here is that this is an action between private parties in which the appellant resists the common law claim of the respondent on the basis of a *Charter* infringement. The argument is made that the common law, which is itself subject to the *Charter*, creates the tort of civil conspiracy and that of inducing a breach of contract. The respondent has sued and has procured the injunction which has enjoined the picketing on the basis of the commission of these torts. The appellants say the injunction infringes their *Charter* right of freedom of expression under s. 2(*b*). Professor Hogg meets this problem when he suggests, at p. 677 of his text, after concluding that the *Charter* does not apply to private litigation, that:

> Private action is, however, a residual category from which it is necessary to subtract those kinds of action to which s. 32 does make the Charter applicable.

peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis.

Il est difficile de définir l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour rendre la *Charte* applicable dans un litige par ailleurs privé. Nous avons conclu que la *Charte* s'applique à la *common law*, mais non pas entre particuliers. Le problème en l'espèce est qu'il s'agit d'une action entre des particuliers, dans laquelle l'appelant oppose une violation de la *Charte* à la demande de l'intimée fondée sur la *common law*. On fait valoir que la *common law*, qui est elle-même assujettie à la *Charte*, crée le délit de complot civil et celui d'incitation à la rupture de contrat. L'intimée a demandé et obtenu une injonction empêchant le piquetage en invoquant la perpétration de ces délits civils. Les appelants de leur côté affirment que l'injonction porte atteinte au droit à la liberté d'expression que leur confère l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le professeur Hogg fait face à ce problème lorsque, après avoir conclu que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés, il fait remarquer, à la p. 677 de son ouvrage:

> [TRADUCTION] Les actions de particuliers constituent toutefois une espèce de catégorie résiduelle dont il faut exclure le genre d'actions auxquelles l'art. 32 rend la *Charte* applicable.

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

He added:

The Charter will apply to any rule of the common law that specifically authorizes or directs an abridgement of a guaranteed right.

and he concluded by saying, at p. 678:

The fact that a court order is governmental action means that the Charter will apply to a purely private arrangement, such as a contract or proprietary interest, but only to the extent that the Charter will preclude judicial enforcement of any arrangement in derogation of a guaranteed right.

Professor Hogg, at p. 678, rationalized his position in these words:

In a sense, the common law authorizes any private action that is not prohibited by a positive rule of law. If the Charter applied to the common law in that attenuated sense, it would apply to all private activity. But it seems more reasonable to say that the common law offends the Charter only when it crystallizes into a rule that can be enforced by the courts. Then, if an enforcement order would infringe a Charter right, the Charter will apply to preclude the order, and, by necessary implication, to modify the common law rule.

I find the position thus adopted troublesome and, in my view, it should not be accepted as an approach to this problem. While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the *Charter*. The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the *Charter* precludes the making of the order, where a *Charter* right would be infringed, it would seem that all private litiga-

Il ajoute:

[TRADUCTION] La *Charte* s'applique à n'importe quelle règle de *common law* qui permet ou ordonne expressément une atteinte à un droit garanti.

Pour terminer, il souligne, à la p. 678:

[TRADUCTION] Le fait que l'ordonnance d'une cour constitue une action gouvernementale signifie que la *Charte* s'appliquera à une affaire purement privée, telle qu'un contrat ou un droit de propriété, mais seulement pour empêcher les tribunaux de forcer l'exécution d'un arrangement qui porte atteinte à un droit garanti.

À la page 678, le professeur Hogg justifie ainsi sa position:

[TRADUCTION] Dans un sens, la *common law* autorise toute action privée qui n'est pas interdite par une règle de droit positif. Si la *Charte* s'appliquait à la *common law* dans ce sens atténué, elle s'appliquerait à l'ensemble des activités privées. Il semble toutefois plus raisonnable d'affirmer que la *common law* n'enfreint la *Charte* que si elle se cristallise en une règle susceptible d'application par les tribunaux. À ce moment-là, dans l'hypothèse où une ordonnance d'exécution porterait atteinte à un droit garanti par la *Charte*, cette dernière s'appliquerait de manière à empêcher l'ordonnance et, par déduction nécessaire, de manière à modifier la règle de *common law*.

J'estime que le point de vue ainsi adopté est dangereux et qu'il ne doit pas être accepté comme solution à ce problème. Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement toutes les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordon-

CanLII (SCC)

tion would be subject to the *Charter*. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced must be present before the *Charter* applies.

An example of such a direct and close connection is to be found in *Re Blainey and Ontario Hockey Association, supra*. In that case, proceedings were brought against the hockey association in the Supreme Court of Ontario on behalf of a twelve year old girl who had been refused permission to play hockey as a member of a boys' team competing under the auspices of the Association. A complaint against the exclusion of the girl on the basis of her sex alone had been made under the provisions of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, to the Ontario Human Rights Commission. It was argued that the hockey association provided a service ordinarily available to members of the public without discrimination because of sex, and therefore that the discrimination against the girl contravened this legislation. The Commission considered that it could not act in the matter because of the provisions of s. 19(2) of the *Human Rights Code*, which are set out hereunder:

> **19.**—(1) . . .
>
> (2) The right under section 1 to equal treatment with respect to services and facilities is not infringed where membership in an athletic organization or participation in an athletic activity is restricted to persons of the same sex.

In the Supreme Court of Ontario it was claimed that s. 19(2) of the *Human Rights Code* was contrary to s. 15(1) of the *Charter* and that it was accordingly void. The application was dismissed. In the Court of Appeal, the appeal was allowed (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting). Dubin J.A., writing for the majority, stated the issue in these terms at [D.L.R., p. 735]:

> Indeed, it was on the premise that the ruling of the Ontario Human Rights Commission was correct that

nance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite.

On trouve l'exemple d'un tel lien direct et étroit dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, précitée. Dans cette espèce, des procédures ont été intentées en Cour suprême de l'Ontario contre une association de hockey, au nom d'une fillette de douze ans qui s'était vu refuser la permission de jouer au hockey au sein d'une équipe de garçons parrainée par l'Association. Conformément aux dispositions du *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, on s'était plaint auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne du fait que la fillette avait été exclue en raison de son sexe seulement. On a fait valoir que l'association de hockey assurait un service auquel tous les membres du public sans distinction de sexe pouvaient ordinairement recourir et que, par conséquent, la distinction dont faisait l'objet de fillette violait cette loi. La Commission a jugé qu'elle ne pouvait agir dans l'affaire en raison des dispositions du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **19.**—(1) . . .
>
> (2) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 1, de traitement égal en matière de services et d'installations le fait de restreindre l'adhésion à un organisme sportif ou la participation à une activité sportive à des personnes du même sexe.

En Cour suprême de l'Ontario, on a soutenu que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* est contraire au par. 15(1) de la *Charte* et qu'il est donc entaché de nullité. La demande a été rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident). Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, énonce ainsi la question en litige [D.L.R., à la p. 735]:

> [TRADUCTION] En fait, c'est en fonction de la prémisse que la décision de la Commission ontarienne des

these proceedings were launched and which afforded the status to the applicant to complain now that, by reason of s. 19(2) of the *Human Rights Code* she is being denied the equal protection and equal benefit of the *Human Rights Code* by reason of her sex, contrary to the provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter").

He concluded that the provisions of s. 19(2) were in contradiction of the *Charter* and hence of no force or effect. In the *Blainey* case, a law suit between private parties, the *Charter* was applied because one of the parties acted on the authority of a statute, i.e., s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code* which infringed the *Charter* rights of another. *Blainey* then affords an illustration of the manner in which *Charter* rights of private individuals may be enforced and protected by the courts, that is, by measuring legislation—government action—against the *Charter*.

As has been noted above, it is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of governmental intervention which will suffice to permit reliance on the *Charter* by private litigants in private litigation. Professor Hogg has dealt with this question, at p. 677, *supra*, where he said:

> . . . the Charter would apply to a private person exercising the power of arrest that is granted to "any one" by the Criminal Code, and to a private railway company exercising the power to make by-laws (and impose penalties for their breach) that is granted to a "railway company" by the Railway Act; all action taken in exercise of a statutory power is covered by the Charter by virtue of the references to "Parliament" and "legislature" in s. 32. The Charter would also apply to the action of a commercial corporation that was an agent of the Crown, by virtue of the reference to "government" in s. 32.

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures. It is not suggested that this list is exhaustive. Where such

droits de la personne était juste que les présentes procédures ont été engagées et que la requérante a maintenant qualité pour se plaindre qu'en raison du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, elle se voit refuser le droit à l'égalité de protection et de bénéfice du *Code des droits de la personne* en raison de son sexe, contrairement aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*»).

Il a conclu que les dispositions du par. 19(2) étaient incompatibles avec la *Charte* et, par conséquent, inopérantes. Dans l'affaire *Blainey* où il était question d'une action entre particuliers, la *Charte* a été appliquée pour le motif qu'une partie avait agi en se fondant sur une disposition législative, savoir le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui portait atteinte aux droits que garantit la *Charte* à une autre personne. L'affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantit aux particuliers, c'est-à-dire en appréciant la mesure législative—l'action gouvernementale—en fonction de la *Charte*.

Comme on l'a dit ci-dessus, il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir de façon étroite l'élément d'intervention gouvernementale qui suffira à permettre à des parties privées à un litige privé de s'appuyer sur la *Charte*. Le professeur Hogg a traité de cette question, à la p. 677 de son ouvrage précité, en ces termes:

> [TRADUCTION] . . . la Charte s'appliquerait à une personne privée qui exercerait le pouvoir d'arrestation que le Code criminel accorde à «toute personne» et à une compagnie de chemin de fer privée qui exercerait le pouvoir de réglementation (et d'imposer des amendes pour leur violation) que la Loi sur les chemins de fer accorde à une «compagnie de chemin de fer»; toute action prise dans l'exercice du pouvoir législatif est régie par la Charte vu les mentions du «Parlement» et de la «législature» à l'art. 32. La Charte s'appliquerait aussi à l'action d'une société commerciale qui est un agent de Sa Majesté vu la mention du «gouvernement» à l'art. 32.

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Cette liste n'est certes pas

1986 CanLII 5 (SCC)

exercise of, or reliance upon, governmental action is present and where one private party invokes or relies upon it to produce an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* will be applicable. Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals.

Can it be said in the case at bar that the required element of government intervention or intrusion may be found? In *Blainey*, s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code*, an Act of a legislature, was the factor which removed the case from the private sphere. If in our case one could point to a statutory provision specifically outlawing secondary picketing of the nature contemplated by the appellants, the case—assuming for the moment an infringement of the *Charter*—would be on all fours with *Blainey* and, subject to s. 1 of the *Charter*, the statutory provision could be struck down. In neither case, would it be, as Professor Hogg would have it, the order of a court which would remove the case from the private sphere. It would be the result of one party's reliance on a statutory provision violative of the *Charter*.

In the case at bar, however, we have no offending statute. We have a rule of the common law which renders secondary picketing tortious and subject to injunctive restraint, on the basis that it induces a breach of contract. While, as we have

exhaustive. Lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la *Charte*, la *Charte* s'appliquera. Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*. Mais ceci est différent de la proposition qu'une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d'action en vertu de la *Charte* ou de défenses entre particuliers en vertu de la *Charte*.

Peut-on dire en l'espèce qu'il est possible de conclure à l'existence de l'élément requis d'intervention ou d'ingérence gouvernementale? Dans l'affaire *Blainey*, le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui est une loi d'une législature, a été le facteur qui a retiré l'affaire du domaine privé. Si, dans la présente affaire, on avait une disposition législative qui proscrivait expressément le piquetage secondaire du genre envisagé par les appelants, l'affaire—en supposant pour l'instant qu'il y a violation de la *Charte*—correspondrait exactement à l'affaire *Blainey* et, sous réserve de l'article premier de la *Charte*, la disposition législative pourrait être annulée. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, ce ne serait, comme le dirait le professeur Hogg, l'ordonnance d'une cour qui retirerait l'affaire du domaine privé. Ce serait le résultat du fait qu'une partie s'est fondée sur une disposition législative contraire à la *Charte*.

En l'espèce toutefois, il n'y a pas de loi en défaut. Nous avons une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constitue un délit et peut faire l'objet d'une injonction visant à l'empêcher pour le motif qu'il incite à rompre un

1986 CanLII 8 (SCC)

AGC0609

found, the *Charter* applies to the common law, we do not have in this litigation between purely private parties any exercise of or reliance upon governmental action which would invoke the *Charter*. It follows then that the appeal must fail. The appeal is dismissed. The respondent is entitled to its costs. In the circumtances of this case, it becomes unnecessary to answer the constitutional question framed by the Chief Justice on September 5, 1984.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the reasons of the majority in the British Columbia Court of Appeal for holding that in the circumstances and on the evidence of this case, the picketing which has been enjoined would not have been a form of expression and that no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* could accordingly arise.

This reason suffices for the dismissal of the appeal with costs.

It is unnecessary for me to express any view on other issues in order to reach this conclusion. However, given the importance of these issues, I wish to state that I otherwise agree with the reasons for judgment written by my brother McIntyre.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with the reasons of my colleague, McIntyre J., with the exception of his reasons dealing with the application of s. 1 of the *Charter*.

The search under s. 1 is, I believe, for the appropriate test to apply when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom protected by the *Charter*. On a s. 1 analysis the purposes and objectives of a piece of impugned legislation are ascertained through an objective approach: see, for example, the approach taken by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It seems to me that the same objective approach must be taken when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom.

contrat. Alors que, comme nous l'avons vu, la *Charte* s'applique à la *common law*, dans le présent litige qui oppose simplement des particuliers, on n'a posé aucun acte gouvernemental qui a pour effet de faire jouer la *Charte*. Il s'ensuit alors que le pourvoi doit échouer. Le pourvoi est rejeté. L'intimée a droit à ses dépens. Dans les circonstances, il devient inutile de répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef le 5 septembre 1984.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'accord avec les motifs de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour décider que, dans les circonstances et vu la preuve en l'espèce, le piquetage qui a été interdit ne pouvait constituer une forme d'expression et qu'il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ce motif suffit à rejeter le pourvoi avec dépens.

Il m'est inutile d'exprimer une opinion sur les autres questions afin d'en venir à cette conclusion. Toutefois, vu leur importance, je veux indiquer que je suis par ailleurs d'accord avec les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge McIntyre.

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge McIntyre, à l'exception de la partie qui traite de l'application de l'article premier de la *Charte*.

Ce qu'il faut déterminer en vertu de l'article premier, c'est le critère approprié à appliquer lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale protégée par la *Charte*. Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, on détermine les buts et objets d'un texte législatif en litige en suivant une démarche objective: voir par exemple, la démarche suivie par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il me semble qu'on doit suivre la même démarche objective lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale.

1986 CanLII 5 (SCC)

There are, as I see it, two distinct questions which must be answered, namely:

(1) Does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? and

(2) If the tort does represent a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this particular case?

The first question requires the application of the objective approach mentioned above. If the tort does not survive the first question then, of course, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If, however, it does survive the first question, then the facts of this particular case (including the subjective impact on the employer) must be considered in order to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e., does the balance of convenience favour the plaintiff? However, even on this question it seems to me that some weight must be given to the freedom of speech of the picketers.

My difficulty with my colleague's approach to s. 1 is twofold. First, he has used the subjective impact on the employer on the first question. It is, on his analysis, the "pressing and substantial concern". And second, he has given no consideration to the origin and historical development of the tort and its role in relation to labour disputes. I would have thought that this was crucial on the s. 1 inquiry. As a consequence the two questions referred to above have been merged into one and no objective criteria for the s. 1 inquiry have been identified.

I nevertheless agree with McIntyre J.'s proposed disposition of the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

À mon avis, on doit répondre à deux questions distinctes:

1) Le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail?

2) Si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce?

La première question exige l'application de la démarche objective susmentionnée. Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe le cap de la première question, alors on doit considérer les faits de cette affaire précise (y compris l'effet subjectif sur l'employeur) pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Mais même à cet égard, il me semble qu'il faut accorder un certain poids à la liberté d'expression des piqueteurs.

La difficulté que me cause la démarche de mon collègue à l'égard de l'article premier est double. D'abord, il a utilisé l'effet subjectif sur l'employeur pour la première question. C'est selon son analyse, la «préoccupation est urgente et réelle». Deuxièmement, il n'a pas pris en consideration l'origine et l'évolution historique du délit civil et de son rôle relativement aux conflits de travail. J'aurais cru que c'était capital pour l'enquête selon l'article premier. En conséquence, les deux premières questions susmentionnées ont été fondues en une seule et aucun critère objectif relativement à l'enquête en vertu de l'article premier n'a été identifié.

Je suis néanmoins d'accord avec l'issue du pourvoi proposée par le juge McIntyre.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

AGC0609

Solicitors for the respondent: Jordan and Gall, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Jordan and Gall, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Procureur général de Terre-Neuve, St-Jean.

1998 CanLII 5 (SCC)

AGC0609

TAB

9

C-9

Investigations in private

48. (1) Every investigation of a complaint under this Part by the Review Committee shall be conducted in private.

Right to make representations

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Part by the Review Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by any other person.

C-157

Investigations in private

44. (1) Every investigation of a complaint under this Part by the Review Committee shall be conducted in private.

Right to make representations

(2) In the course of an investigation of complaint under this Part by the Revie. Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by any other person.

CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE

BILL C-9

SECTION 48

A. EXPLANATION/RATIONALE

Subsection 48(1)

This subsection provides that complaints will be conducted "in private". Although the reasons for the addition of the words "in private" are largely security related, the Information Commissioner and the Privacy Commissioner (under the Access to Information and Privacy Acts) also must conduct their investigations "in private". Section 48(1) is almost word for word equivalent to Sections 35(1) and 33(1) of those Acts.

Subsection 48(2)

This subsection has been the subject of critical comment. Although it almost exactly parallels the wording in Sections 35(2) and Section 33(2) of the Access to Information and Privacy Acts, critics have argued that there is no statutory guarantee that a complainant has the right to appear before the Review Committee in person.

An amendment to add the words "to present evidence and to be heard personally or by counsel" has been approved by the Cabinet Committee on Security and Intelligence.

This amendment should answer any concerns that critics may have with respect to this subsection.

AGC0610

B. MCDONALD COMMISSION RECOMMENDATION

The McDonald Commission recommended that the proposed Joint Committee "...to be effective, must carry out many of its inquiries in camera." (Page 900)

This proposal was made in relation to the investigative capacity of the Committee and was not referring to complaints per se. However, the rationale for "privacy" in security related cases reamins the same.

C. - D.: NOT APPLICABLE

E. PUBLIC COMMENT ON BILL C-9 (INCLUDING SECOND READING DEBATE

Mr. Robinson (Burnaby): But that is very different from what the Minister has said, and I am sure, Mr. Finn, you recognize that what the Minister has said is not borne out by this. There is no opportunity to appear before the Committee whatsoever.

There is an opportunity, according to Clause 48.(2), to make representations to the Review Committee. That does not mean that the applicant has the right, as the Minister suggested to this commitee, to appear before SIRC, either under Clause 48.(2) or under Clause 44. Perhaps the Minister could point to some other clause which gives that opportunity to appear before SIRC."

(Justice and Legal Affairs, 15:16, April 17, 1984)

Mr. Kaplan: No, there are no other things that the Review Committee would not have access to if they asked for them. The only thing that is withheld from them, as it is under the Access to Information Act and the Canada Evidence Act, is this long historic prerogative in relation to Cabinet confidences. Everything else they would be able to have."

(Justice and Legal Affairs, 15:22, April 17, 1984)

R-3

SIRC File No. 1500-481

THE SECURITY INTELLIGENCE REVIEW COMMITTEE

In the matter of a Complaint filed by the
BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION,
pursuant to section 41 of the
Canadian Security Intelligence Service Act, RSC 1985, c.C-23

B E T W E E N :

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION

Complainant

- and -

THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE

Respondent

COMPLAINANT'S BOOK OF AUTHORITIES

CHAMP & ASSOCIATES
Barristers & Solicitors
43 Florence Street
Ottawa, ON K2P 0W6
T: 613-237-2441
F: 613-232-2680

Per: Paul Champ / Bijon Roy

Solicitors for the Complainant

3402/16
Copy 1 of 5

INDEX

Statutes

1 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c.11

2 *Canadian Security Intelligence Service Act*, RSC 1985, c.C-23

3 *National Energy Board Act*, RSC 1985, c N-7

Jurisprudence

4 *Canada (Attorney General) v Almalki*, 2011 FCA 199

5 *Canada (Attorney General) v Canada (Information Commissioner)*, 2004 FC 431

6 *Canada v Telbani*, 2012 FC 474

7 *Dixon v Powell River (City)*, 2009 BCSC 406

8 *Grant v Torstar Corp*, 2009 SCC 61

9 *Harper v Canada (Attorney General)*, [2004] 1 SCR 827

10 *Hewitt and Harman v United Kingdom*, (1992) 14 EHRR 657

11 *Irwin Toy Ltd v Quebec*, [1989] 1 SCR 927

12 *Mikail v Canada (Attorney General)*, 2012 FC 940

13 *O'Neill v Canada (Attorney General)* (2006) 82 OR (3d) 241 (ON SC)

14 *Re Mahjoub*, 2013 FC 1096

15 *R v Ahmad*, [2009] OJ No. 6153 (ONSC)

16 *R v Chehil*, 2013 SCC 49

17 *R v Khawaja*, [2012] 3 SCR 555

18 *R v National Post*, [2010] 1 SCR 477

19 *R v Zundel*, [1992] 2 SCR 731

20 *RWDSU v Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 SCR 573

21 *Shandi (Re)*, [1991] FCJ No. 1319 (TD)

22 *Toronto Star Newspapers Ltd v Canada*, 2007 FC 128

Reports

23 Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP, *Second Report - Vol. 1, "Freedom and Security under the Law"* (Aug. 1981)

24 Security Intelligence Review Committee, *Section 54 Report to the Solicitor General of Canada on CSIS' Use of its Investigative Powers with Respect to the Labour Movement* (25 March 1988)

25 Security Intelligence Review Committee, *Report on CSIS Activities Regarding the Canadian Peace Movement* (SIRC Report 89/90-03)

26 Security Intelligence Review Committee, *SIRC Annual Report 2010-2011: Checks and Balances* (2011)

TAB

1

CONSTITUTION ACT, 1982 [80]

PART I

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

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

GUARANTEE OF RIGHTS AND FREEDOMS

Rights and freedoms in Canada

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

FUNDAMENTAL FREEDOMS

Fundamental freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

---

[80] **Enacted as Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), which came into force on April 17, 1982. The *Canada Act 1982*, other than Schedules A and B thereto, reads as follows:**

An Act to give effect to a request by the Senate and House of Commons of Canada

Whereas Canada has requested and consented to the enactment of an Act of the Parliament of the United Kingdom to give effect to the provisions hereinafter set forth and the Senate and the House of Commons of Canada in Parliament assembled have submitted an address to Her Majesty requesting that Her Majesty may graciously be pleased to cause a Bill to be laid before the Parliament of the United Kingdom for that purpose

Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

1. The *Constitution Act, 1982* set out in Schedule B to this Act is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada and shall come into force as provided in that Act

2. No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1982* comes into force shall extend to Canada as part of its law.

3. So far as it is not contained in Schedule B, the French version of this Act is set out in Schedule A to this Act and has the same authority in Canada as the English version thereof.

4. This Act may be cited as the *Canada Act 1982*.

DEMOCRATIC RIGHTS

Democratic rights of citizens

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Maximum duration of legislative bodies

4. (1) No House of Commons and no legislative assembly shall continue for longer than five years from the date fixed for the return of the writs at a general election of its members. [81]

Continuation in special circumstances

(2) In time of real or apprehended war, invasion or insurrection, a House of Commons may be continued by Parliament and a legislative assembly may be continued by the legislature beyond five years if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House of Commons or the legislative assembly, as the case may be. [82]

Annual sitting of legislative bodies

5. There shall be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months. [83]

MOBILITY RIGHTS

Mobility of citizens

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

Rights to move and gain livelihood

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(*a*) to move to and take up residence in any province; and

(*b*) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

---

[81] **See section 50, and footnotes (40) and (42) to sections 85 and 88, of the *Constitution Act, 1867*.**

[82] **Replaces part of Class 1 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, which was repealed as set out in subitem 1(3) of the schedule to the *Constitution Act, 1982*.**

[83] **See footnotes (10), (41) and (42) to sections 20, 86 and 88 of the *Constitution Act, 1867*.**

Limitation

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(*a*) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(*b*) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

Affirmative action programs

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

LEGAL RIGHTS

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Search or seizure

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Detention or imprisonment

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

Arrest or detention

10. Everyone has the right on arrest or detention

(*a*) to be informed promptly of the reasons therefor;

(*b*) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

(*c*) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

(*a*) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(*b*) to be tried within a reasonable time;

TAB

2

CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Canadian Security Intelligence Service Act

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité

R.S.C., 1985, c. C-23

L.R.C. (1985), ch. C-23

Current to August 29, 2016

Last amended on June 18, 2015

À jour au 29 août 2016

Dernière modification le 18 juin 2015

Published by the Minister of Justice at the following address:
http://laws-lois.justice.gc.ca

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :
http://lois-laws.justice.gc.ca

An Act to establish the Canadian Security Intelligence Service

Loi constituant le Service canadien du renseignement de sécurité

Short Title

Short title

1 This Act may be cited as the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

1984, c. 21, s. 1.

Titre abrégé

Titre abrégé

1 *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

1984, ch. 21, art. 1.

Interpretation

Definitions

2 In this Act,

department, in relation to the government of Canada or of a province, includes

(a) any portion of a department of the Government of Canada or of the province, and

(b) any Ministry of State, institution or other body of the Government of Canada or of the province or any portion thereof; (*ministère*)

Deputy Minister means the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and includes any person acting for or on behalf of the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness; (*sous-ministre*)

Director means the Director of the Service; (*directeur*)

employee means a person who is appointed as an employee of the Service pursuant to subsection 8(1) or has become an employee of the Service pursuant to subsection 66(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, chapter 21 of the Statutes of Canada, 1984, and includes a person who is attached or seconded to the Service as an employee; (*employé*)

foreign state means any state other than Canada; (*État étranger*)

Définitions

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

comité de surveillance Le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité constitué par le paragraphe 34(1). (*Review Committee*)

directeur Le directeur du Service. (*Director*)

employé Personne nommée employé du Service en vertu du paragraphe 8(1) ou qui l'est devenue en vertu du paragraphe 66(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, chapitre 21 des Statuts du Canada de 1984. Sont comprises parmi les employés les personnes affectées au Service ou détachées auprès de lui à titre d'employé. (*employee*)

État étranger État autre que le Canada. (*foreign state*)

évaluation de sécurité Évaluation de la loyauté d'un individu envers le Canada et, à cet égard, de sa fiabilité. (*security assessment*)

inspecteur général [Abrogée, 2012, ch. 19, art. 378]

intercepter S'entend au sens de l'article 183 du *Code criminel*. (*intercept*)

juge Juge de la Cour fédérale choisi pour l'application de la présente loi par le juge en chef de ce tribunal. (*judge*)

human source means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service; (*source humaine*)

Inspector General [Repealed, 2012, c. 19, s. 378]

intercept has the same meaning as in section 183 of the *Criminal Code*; (*intercepter*)

judge means a judge of the Federal Court designated by the Chief Justice thereof for the purposes of this Act; (*juge*)

Minister means the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness; (*ministre*)

place includes any conveyance; (*lieux*)

Review Committee means the Security Intelligence Review Committee established by subsection 34(1); (*comité de surveillance*)

security assessment means an appraisal of the loyalty to Canada and, so far as it relates thereto, the reliability of an individual; (*évaluation de sécurité*)

Service means the Canadian Security Intelligence Service established by subsection 3(1); (*Service*)

threats to the security of Canada means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities

lieux Sont assimilés à des lieux les moyens de transport. (*place*)

menaces envers la sécurité du Canada Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d). (*threats to the security of Canada*)

ministère Sont compris parmi les ministères :

a) tout secteur d'un ministère du gouvernement du Canada ou d'une province;

b) l'ensemble ou tout secteur d'un département d'État, d'une institution ou d'un autre organisme du gouvernement du Canada ou d'une province. (*department*)

ministre Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. (*Minister*)

Service Le Service canadien du renseignement de sécurité constitué par le paragraphe 3(1). (*Service*)

source humaine Personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service. (*human source*)

referred to in paragraphs (a) to (d). (*menaces envers la sécurité du Canada*)

R.S., 1985, c. C-23, s. 2; 2001, c. 41, s. 89; 2005, c. 10, s. 13; 2012, c. 19, s. 378; 2015, c. 9, s. 2.

sous-ministre Le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou toute personne qui agit en son nom. (*Deputy Minister*)

L.R. (1985), ch. C-23, art. 2; 2001, ch. 41, art. 89; 2005, ch. 10, art. 13; 2012, ch. 19, art. 378; 2015, ch. 9, art. 2.

PART I

Canadian Security Intelligence Service

Establishment of Service

Establishment of Service

3 (1) The Canadian Security Intelligence Service is hereby established, consisting of the Director and employees of the Service.

Principal office

(2) The principal office of the Service shall be in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

Other offices

(3) The Director may, with the approval of the Minister, establish other offices of the Service elsewhere in Canada.

1984, c. 21, s. 3.

Director

Appointment

4 (1) The Governor in Council shall appoint the Director of the Service.

Term of office

(2) The Director shall be appointed to hold office during pleasure for a term not exceeding five years.

Re-appointment

(3) Subject to subsection (4), the Director is eligible, on the expiration of a first or any subsequent term of office, to be re-appointed for a further term not exceeding five years.

Limitation

(4) No person shall hold office as Director for terms exceeding ten years in the aggregate.

PARTIE I

Service canadien du renseignement de sécurité

Constitution

Constitution

3 (1) Est constitué le Service canadien du renseignement de sécurité, composé de son directeur et de ses employés.

Siège

(2) Le siège du Service est fixé dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

Bureaux

(3) Le directeur peut, avec l'approbation du ministre, établir des bureaux du Service ailleurs au Canada.

1984, ch. 21, art. 3.

Directeur

Nomination

4 (1) Le gouverneur en conseil nomme le directeur.

Mandat

(2) Le directeur occupe son poste à titre amovible pour une durée maximale de cinq ans.

Renouvellement

(3) Sous réserve du paragraphe (4), le mandat du directeur est renouvelable pour une durée maximale identique.

Durée limite

(4) La durée d'occupation maximale du poste de directeur par le même titulaire est de dix ans.

Absence or incapacity

(5) In the event of the absence or incapacity of the Director, or if the office of Director is vacant, the Governor in Council may appoint another person to hold office instead of the Director for a term not exceeding six months, and that person shall, while holding that office, have all of the powers, duties and functions of the Director under this Act or any other Act of Parliament and be paid such salary or other remuneration and expenses as may be fixed by the Governor in Council.

1984, c. 21, s. 4.

Absence ou empêchement

(5) En cas d'absence ou d'empêchement du directeur ou de vacance de son poste, le gouverneur en conseil peut nommer un intérimaire pour un mandat maximal de six mois; celui-ci exerce alors les pouvoirs et fonctions conférés au directeur en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale et reçoit la rémunération et les frais que fixe le gouverneur en conseil.

1984, ch. 21, art. 4.

Salary and expenses

5 (1) The Director is entitled to be paid a salary to be fixed by the Governor in Council and shall be paid reasonable travel and living expenses incurred by the Director in the performance of duties and functions under this Act.

Traitement et frais

5 (1) Le directeur a le droit de recevoir le traitement que fixe le gouverneur en conseil et est indemnisé des frais de déplacement et de séjour entraînés par l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en application de la présente loi.

Pension benefits

(2) The provisions of the *Public Service Superannuation Act*, other than those relating to tenure of office, apply to the Director, except that a person appointed as Director from outside the public service, as defined in the *Public Service Superannuation Act*, may, by notice in writing given to the President of the Treasury Board not more than sixty days after the date of appointment, elect to participate in the pension plan provided by the *Diplomatic Service (Special) Superannuation Act*, in which case the provisions of that Act, other than those relating to tenure of office, apply to the Director from the date of appointment and the provisions of the *Public Service Superannuation Act* do not apply.

R.S., 1985, c. C-23, s. 5; 2003, c. 22, s. 225(E).

Régime de pension

(2) Les dispositions de la *Loi sur la pension de la fonction publique* qui ne traitent pas d'occupation de poste s'appliquent au directeur; toutefois, s'il est choisi en dehors de la fonction publique, au sens de la loi mentionnée ci-dessus, il peut, par avis écrit adressé au président du Conseil du Trésor dans les soixante jours suivant sa date de nomination, choisir de cotiser au régime de pension prévu par la *Loi sur la pension spéciale du service diplomatique*; dans ce cas, il est assujetti aux dispositions de cette loi qui ne traitent pas d'occupation de poste.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 5; 2003, ch. 22, art. 225(A).

Management of Service

Role of Director

6 (1) The Director, under the direction of the Minister, has the control and management of the Service and all matters connected therewith.

Minister may issue directions

(2) In providing the direction referred to in subsection (1), the Minister may issue to the Director written directions with respect to the Service and a copy of any such direction shall, forthwith after it is issued, be given to the Review Committee.

Gestion

Rôle du directeur

6 (1) Sous la direction du ministre, le directeur est chargé de la gestion du Service et de tout ce qui s'y rattache.

Instructions du ministre

(2) Dans l'exercice de son pouvoir de direction visé au paragraphe (1), le ministre peut donner par écrit au directeur des instructions concernant le Service; un exemplaire de celles-ci est transmis au comité de surveillance dès qu'elles sont données.

Directions deemed not to be statutory instruments

(3) Directions issued by the Minister under subsection (2) shall be deemed not to be statutory instruments for the purposes of the *Statutory Instruments Act*.

Periodic reports by Director

(4) The Director shall, in relation to every 12-month period or any lesser period that is specified by the Minister, submit to the Minister, at any times that the Minister specifies, reports with respect to the Service's operational activities during that period, and shall cause the Review Committee to be given a copy of each such report.

Measures to reduce threats to the security of Canada

(5) The reports shall include, among other things, the following information in respect of the Service's operational activities, during the period for which the report is made, to reduce threats to the security of Canada:

(a) for each of the paragraphs of the definition *threats to the security of Canada* in section 2, a general description of the measures that were taken during the period in respect of the threat within the meaning of that paragraph and the number of those measures;

(b) the number of warrants issued under subsection 21.1(3) during the period and the number of applications for warrants made under subsection 21.1(1) that were refused during the period; and

(c) for each threat to the security of Canada for which warrants have been issued under subsection 21.1(3) before or during the period, a general description of the measures that were taken under the warrants during the period.

R.S., 1985, c. C-23, s. 6; 2012, c. 19, s. 379; 2015, c. 20, s. 40.

Consultation with Deputy Minister

7 (1) The Director shall consult the Deputy Minister on

(a) the general operational policies of the Service; and

(b) any matter with respect to which consultation is required by directions issued under subsection 6(2).

Consultation with Deputy Minister — warrant

(2) The Director or any employee who is designated by the Minister for the purpose of applying for a warrant

Non-application de la *Loi sur les textes réglementaires*

(3) Les instructions visées au paragraphe (2) sont réputées ne pas être des textes réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*.

Rapports périodiques

(4) Pour chaque période de douze mois d'activités opérationnelles du Service ou pour les périodes inférieures à douze mois et aux moments précisés par le ministre, le directeur présente à celui-ci des rapports sur ces activités; il en fait remettre un exemplaire au comité de surveillance.

Mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada

(5) Les rapports précisent notamment les éléments d'information ci-après au sujet des activités opérationnelles exercées par le Service durant la période visée pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada :

a) pour chacun des alinéas de la définition de *menaces envers la sécurité du Canada* à l'article 2, une description générale des mesures prises à l'égard des menaces au sens de l'alinéa en cause et le nombre de ces mesures;

b) le nombre de mandats décernés en vertu du paragraphe 21.1(3) et le nombre de demandes de mandat présentées au titre du paragraphe 21.1(1) qui ont été rejetées;

c) pour chacune des menaces envers la sécurité du Canada à l'égard desquelles des mandats ont été décernés en vertu du paragraphe 21.1(3) durant la période ou avant que celle-ci ne débute, une description générale des mesures prises en vertu des mandats en cause.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 6; 2012, ch. 19, art. 379; 2015, ch. 20, art. 40.

Consultation du sous-ministre

7 (1) Le directeur consulte le sous-ministre sur les points suivants :

a) l'orientation générale des opérations du Service;

b) toute autre question à l'égard de laquelle les instructions visées au paragraphe 6(2) exigent une pareille consultation.

Consultation du sous-ministre — mandats

(2) Le directeur ou un employé désigné par le ministre aux fins d'une demande de mandat visée aux articles 21, 21.1 ou 23 consulte le sous-ministre avant de présenter la demande de mandat ou de renouvellement du mandat.

under section 21, 21.1 or 23 shall consult the Deputy Minister before applying for the warrant or the renewal of the warrant.

Advice by Deputy Minister

(3) The Deputy Minister shall advise the Minister with respect to directions issued under subsection 6(2) or that should, in the opinion of the Deputy Minister, be issued under that subsection.

R.S., 1985, c. C-23, s. 7; 2015, c. 20, s. 41.

Powers and functions of Director

8 (1) Notwithstanding the *Financial Administration Act* and the *Public Service Employment Act*, the Director has exclusive authority to appoint employees and, in relation to the human resources management of employees, other than persons attached or seconded to the Service as employees,

(a) to provide for the terms and conditions of their employment; and

(b) subject to the regulations,

(i) to exercise the powers and perform the functions of the Treasury Board relating to human resources management under the *Financial Administration Act*, and

(ii) to exercise the powers and perform the functions assigned to the Public Service Commission by or pursuant to the *Public Service Employment Act*.

Discipline and grievances of employees

(2) Notwithstanding the *Public Service Labour Relations Act* but subject to subsection (3) and the regulations, the Director may establish procedures respecting the conduct and discipline of, and the presentation, consideration and adjudication of grievances in relation to, employees, other than persons attached or seconded to the Service as employees.

Adjudication of employee grievances

(3) When a grievance is referred to adjudication, the adjudication shall not be heard or determined by any person, other than a full-time member of the Public Service Labour Relations and Employment Board that is established by subsection 4(1) of the *Public Service Labour Relations and Employment Board Act*.

Regulations

(4) The Governor in Council may make regulations

Conseils du sous-ministre

(3) Le sous-ministre conseille le ministre sur les instructions déjà données ou à donner, selon lui, en vertu du paragraphe 6(2).

L.R. (1985), ch. C-23, art. 7; 2015, ch. 20, art. 41.

Attributions du directeur

8 (1) Par dérogation à la *Loi sur la gestion des finances publiques* et à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, le directeur a le pouvoir exclusif de nommer les employés et, en matière de gestion des ressources humaines du Service, à l'exception des personnes affectées au Service ou détachées auprès de lui à titre d'employé :

a) de déterminer leurs conditions d'emploi;

b) sous réserve des règlements :

(i) d'exercer les attributions conférées au Conseil du Trésor en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* en cette matière,

(ii) d'exercer les attributions conférées à la Commission de la fonction publique sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

Conduite des employés et griefs

(2) Par dérogation à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* mais sous réserve du paragraphe (3) et des règlements, le directeur peut établir des règles de procédure concernant la conduite et la discipline des employés, à l'exception des personnes affectées au Service ou détachées auprès de lui à titre d'employé, la présentation par les employés de leurs griefs, l'étude de ces griefs et leur renvoi à l'arbitrage.

Arbitrage

(3) Les griefs renvoyés à l'arbitrage ne peuvent être entendus et tranchés que par un membre à temps plein de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique créée par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique*.

Règlements

(4) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

(a) governing the exercise of the powers and the performance of the duties and functions of the Director referred to in subsection (1); and

(b) in relation to employees to whom subsection (2) applies, governing their conduct and discipline and the presentation, consideration and adjudication of grievances.

R.S., 1985, c. C-23, s. 8; 2003, c. 22, ss. 143, 234; 2013, c. 40, s. 449.

Process for resolution of disputes of support staff

9 (1) Notwithstanding the *Public Service Labour Relations Act*,

(a) the process for resolution of a dispute applicable to employees of the Service in a bargaining unit determined for the purposes of that Act is by the referral of the dispute to arbitration; and

(b) the process for resolution of a dispute referred to in paragraph (a) shall not be altered pursuant to that Act.

Public Service Superannuation Act

(2) Employees of the Service shall be deemed to be employed in the public service for the purposes of the *Public Service Superannuation Act*.

R.S., 1985, c. C-23, s. 9; 2003, c. 22, ss. 144(E), 225(E).

9.1 [Repealed, 2003, c. 22, s. 145]

Oaths

10 The Director and every employee shall, before commencing the duties of office, take an oath of allegiance and the oaths set out in the schedule.

1984, c. 21, s. 10.

Certificate

11 A certificate purporting to be issued by or under the authority of the Director and stating that the person to whom it is issued is an employee or is a person, or a person included in a class of persons, to whom a warrant issued under section 21 or 23 is directed is evidence of the statements contained therein and is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the person purporting to have issued it.

1984, c. 21, s. 11.

Duties and Functions of Service

Collection, analysis and retention

12 (1) The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and

a) pour régir l'exercice par le directeur des pouvoirs et fonctions que lui confère le paragraphe (1);

b) sur la conduite et la discipline des employés visés au paragraphe (2), la présentation de griefs par ceux-ci, l'étude de ces griefs et leur renvoi à l'arbitrage.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 8; 2003, ch. 22, art. 143 et 234; 2013, ch. 40, art. 449.

Mode de règlement des différends : personnel de soutien

9 (1) Par dérogation à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* :

a) le mode de règlement des différends applicable aux employés qui font partie d'une unité de négociation déterminée pour l'application de cette loi est l'arbitrage;

b) cette loi ne peut être invoquée pour modifier le mode de règlement des différends visé à l'alinéa a).

Loi sur la pension de la fonction publique

(2) Les employés sont présumés faire partie de la fonction publique pour l'application de la *Loi sur la pension de la fonction publique*.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 9; 2003, ch. 22, art. 144(A) et 225(A).

9.1 [Abrogé, 2003, ch. 22, art. 145]

Serments

10 Avant de prendre leurs fonctions, le directeur et les employés prêtent le serment d'allégeance ainsi que les serments mentionnés à l'annexe.

1984, ch. 21, art. 10.

Certificat

11 Le certificat censé être délivré par le directeur ou sous son autorité, où il est déclaré que son titulaire est un employé ou est une personne, ou appartient à une catégorie, destinataire d'un mandat décerné en vertu des articles 21 ou 23, fait foi de son contenu et est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle de la personne censée l'avoir délivré.

1984, ch. 21, art. 11.

Fonctions du Service

Informations et renseignements

12 (1) Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et

analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

R.S., 1985, c. C-23, s. 12; 2015, c. 9, s. 3.

Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 12; 2015, ch. 9, art. 3.

Measures to reduce threats to the security of Canada

12.1 (1) If there are reasonable grounds to believe that a particular activity constitutes a threat to the security of Canada, the Service may take measures, within or outside Canada, to reduce the threat.

Mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada

12.1 (1) S'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une activité donnée constitue une menace envers la sécurité du Canada, le Service peut prendre des mesures, même à l'extérieur du Canada, pour réduire la menace.

Limits

(2) The measures shall be reasonable and proportional in the circumstances, having regard to the nature of the threat, the nature of the measures and the reasonable availability of other means to reduce the threat.

Limites

(2) Les mesures doivent être justes et adaptées aux circonstances, compte tenu de la nature de la menace et des mesures, ainsi que des solutions de rechange acceptables pour réduire la menace.

Warrant

(3) The Service shall not take measures to reduce a threat to the security of Canada if those measures will contravene a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or will be contrary to other Canadian law, unless the Service is authorized to take them by a warrant issued under section 21.1.

Mandat

(3) La prise par le Service de mesures pour réduire une menace envers la sécurité du Canada est subordonnée à l'obtention d'un mandat au titre de l'article 21.1 s'il s'agit de mesures qui porteront atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ou qui seront contraires à d'autres règles du droit canadien.

Clarification

(4) For greater certainty, nothing in subsection (1) confers on the Service any law enforcement power.

2015, c. 20, s. 42.

Précision

(4) Il est entendu que le paragraphe (1) ne confère au Service aucun pouvoir de contrôle d'application de la loi.

2015, ch. 20, art. 42.

Prohibited conduct

12.2 (1) In taking measures to reduce a threat to the security of Canada, the Service shall not

(a) cause, intentionally or by criminal negligence, death or bodily harm to an individual;

(b) wilfully attempt in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice; or

(c) violate the sexual integrity of an individual.

Interdictions

12.2 (1) Dans le cadre des mesures qu'il prend pour réduire une menace envers la sécurité du Canada, le Service ne peut :

a) causer, volontairement ou par négligence criminelle, des lésions corporelles à un individu ou la mort de celui-ci;

b) tenter volontairement de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice;

c) porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'un individu.

Definition of *bodily harm*

(2) In subsection (1), *bodily harm* has the same meaning as in section 2 of the *Criminal Code*.

2015, c. 20, s. 42.

Security assessments

13 (1) The Service may provide security assessments to departments of the Government of Canada.

Arrangements with provinces

(2) The Service may, with the approval of the Minister, enter into an arrangement with

(a) the government of a province or any department thereof, or

(b) any police force in a province, with the approval of the Minister responsible for policing in the province,

authorizing the Service to provide security assessments.

Arrangements with foreign states

(3) The Service may, with the approval of the Minister after consultation by the Minister with the Minister of Foreign Affairs, enter into an arrangement with the government of a foreign state or an institution thereof or an international organization of states or an institution thereof authorizing the Service to provide the government, institution or organization with security assessments.

R.S., 1985, c. C-23, s. 13; 1995, c. 5, s. 25.

Advice to Ministers

14 The Service may

(a) advise any minister of the Crown on matters relating to the security of Canada, or

(b) provide any minister of the Crown with information relating to security matters or criminal activities,

that is relevant to the exercise of any power or the performance of any duty or function by that Minister under the *Citizenship Act* or the *Immigration and Refugee Protection Act*.

R.S., 1985, c. C-23, s. 14; 2001, c. 27, s. 223.

Investigations

15 (1) The Service may conduct such investigations as are required for the purpose of providing security assessments pursuant to section 13 or advice pursuant to section 14.

Définition de *lésions corporelles*

(2) Au paragraphe (1), *lésions corporelles* s'entend au sens de l'article 2 du *Code criminel*.

2015, ch. 20, art. 42.

Évaluations de sécurité

13 (1) Le Service peut fournir des évaluations de sécurité aux ministères du gouvernement du Canada.

Ententes avec les provinces

(2) Le Service peut, avec l'approbation du ministre, conclure des ententes avec :

a) le gouvernement d'une province ou l'un de ses ministères;

b) un service de police en place dans une province, avec l'approbation du ministre provincial chargé des questions de police.

Ces ententes autorisent le Service à fournir des évaluations de sécurité.

Ententes avec des États étrangers

(3) Le Service peut, avec l'approbation du ministre, après consultation entre celui-ci et le ministre des Affaires étrangères, conclure avec le gouvernement d'un État étranger ou l'une de ses institutions, ou une organisation internationale d'États ou l'une de ses institutions, des ententes l'autorisant à leur fournir des évaluations de sécurité.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 13; 1995, ch. 5, art. 25.

Conseils aux ministres

14 Le Service peut :

a) fournir des conseils à un ministre sur les questions de sécurité du Canada;

b) transmettre des informations à un ministre sur des questions de sécurité ou des activités criminelles,

dans la mesure où ces conseils et informations sont en rapport avec l'exercice par ce ministre des pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* ou de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 14; 2001, ch. 27, art. 223.

Enquêtes

15 (1) Le Service peut mener les enquêtes qui sont nécessaires en vue des évaluations de sécurité et des conseils respectivement visés aux articles 13 et 14.

No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may conduct the investigations referred to in subsection (1) within or outside Canada.

R.S., 1985, c. C-23, s. 15; 2015, c. 9, s. 4.

Collection of information concerning foreign states and persons

16 (1) Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of

(a) any foreign state or group of foreign states; or

(b) any person other than

(i) a Canadian citizen,

(ii) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or

(iii) a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

Limitation

(2) The assistance provided pursuant to subsection (1) shall not be directed at any person referred to in subparagraph (1)(b)(i), (ii) or (iii).

Personal consent of Ministers required

(3) The Service shall not perform its duties and functions under subsection (1) unless it does so

(a) on the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs; and

(b) with the personal consent in writing of the Minister.

R.S., 1985, c. C-23, s. 16; 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224; 2015, c. 3, s. 34(F), c. 9, s. 5(F).

Cooperation

17 (1) For the purpose of performing its duties and functions under this Act, the Service may,

(a) with the approval of the Minister, enter into an arrangement or otherwise cooperate with

Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut mener les enquêtes visées au paragraphe (1) même à l'extérieur du Canada.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 15; 2015, ch. 9, art. 4.

Assistance

16 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Service peut, dans les domaines de la défense et de la conduite des affaires internationales du Canada, prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, dans les limites du Canada, à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités :

a) d'un État étranger ou d'un groupe d'États étrangers;

b) d'une personne qui n'appartient à aucune des catégories suivantes :

(i) les citoyens canadiens,

(ii) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,

(iii) les personnes morales constituées sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

Restriction

(2) L'assistance autorisée au paragraphe (1) est subordonnée au fait qu'elle ne vise pas des personnes mentionnées à l'alinéa (1)b).

Consentement personnel des ministres

(3) L'exercice par le Service des fonctions visées au paragraphe (1) est subordonné :

a) à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Affaires étrangères;

b) au consentement personnel écrit du ministre.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 16; 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224; 2015, ch. 3, art. 34(F), ch. 9, art. 5(F).

Coopération

17 (1) Dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi, le Service peut :

a) avec l'approbation du ministre, conclure des ententes ou, d'une façon générale, coopérer avec :

(i) any department of the Government of Canada or the government of a province or any department thereof, or

(ii) any police force in a province, with the approval of the Minister responsible for policing in the province; or

(b) with the approval of the Minister after consultation by the Minister with the Minister of Foreign Affairs, enter into an arrangement or otherwise cooperate with the government of a foreign state or an institution thereof or an international organization of states or an institution thereof.

Copies of arrangements to Review Committee

(2) Where a written arrangement is entered into pursuant to subsection (1) or subsection 13(2) or (3), a copy thereof shall be given forthwith to the Review Committee.

R.S., 1985, c. C-23, s. 17; 1995, c. 5, s. 25.

Offence to disclose identity

18 (1) Subject to subsection (2), no person shall knowingly disclose any information that they obtained or to which they had access in the course of the performance of their duties and functions under this Act or their participation in the administration or enforcement of this Act and from which could be inferred the identity of an employee who was, is or is likely to become engaged in covert operational activities of the Service or the identity of a person who was an employee engaged in such activities.

Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

Offence

(3) Every one who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

R.S., 1985, c. C-23, s. 18; 2015, c. 9, s. 6.

(i) les ministères du gouvernement du Canada, le gouvernement d'une province ou l'un de ses ministères,

(ii) un service de police en place dans une province, avec l'approbation du ministre provincial chargé des questions de police;

b) avec l'approbation du ministre, après consultation entre celui-ci et le ministre des Affaires étrangères, conclure des ententes ou, d'une façon générale, coopérer avec le gouvernement d'un État étranger ou l'une de ses institutions, ou une organisation internationale d'États ou l'une de ses institutions.

Transmission des ententes au comité de surveillance

(2) Un exemplaire du texte des ententes écrites conclues en vertu du paragraphe (1) ou des paragraphes 13(2) ou (3) est transmis au comité de surveillance immédiatement après leur conclusion.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 17; 1995, ch. 5, art. 25.

Infraction — communication de l'identité

18 (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut sciemment communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité d'un employé qui a participé, participe ou pourrait vraisemblablement participer à des activités opérationnelles cachées du Service ou l'identité d'une personne qui était un employé et a participé à de telles activités.

Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 18; 2015, ch. 9, art. 6.

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

Exception — consent

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

Contents and service of application

(5) The application and the applicant's affidavit deposing to the facts relied on in support of the application shall be filed in the Registry of the Federal Court. The applicant shall, without delay after the application and affidavit are filed, serve a copy of them on the Attorney General of Canada.

Attorney General of Canada

(6) Once served, the Attorney General of Canada is deemed to be a party to the application.

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

Exception — consentement

(3) L'identité d'une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

Contenu et signification de la demande

(5) La demande et l'affidavit du demandeur portant sur les faits sur lesquels il fonde celle-ci sont déposés au greffe de la Cour fédérale. Sans délai après le dépôt, le demandeur signifie copie de la demande et de l'affidavit au procureur général du Canada.

Procureur général du Canada

(6) Le procureur général du Canada est réputé être partie à la demande dès que celle-ci lui est signifiée.

Hearing

(7) The hearing of the application shall be held in private and in the absence of the applicant and their counsel, unless the judge orders otherwise.

Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

Confidentiality

(10) The judge shall ensure the confidentiality of the following:

(a) the identity of any human source and any information from which the identity of a human source could be inferred; and

(b) information and other evidence provided in respect of the application if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

Confidentiality on appeal

(11) In the case of an appeal, subsection (10) applies, with any necessary modifications, to the court to which the appeal is taken.

2015, c. 9, s. 7.

Authorized disclosure of information

19 (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

Audition

(7) La demande est entendue à huis clos et en l'absence du demandeur et de son avocat, sauf si le juge en ordonne autrement.

Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

Confidentialité

(10) Il incombe au juge de garantir la confidentialité :

a) d'une part, de l'identité de toute source humaine ainsi que de toute information qui permettrait de découvrir cette identité;

b) d'autre part, des informations et autres éléments de preuve qui lui sont fournis dans le cadre de la demande et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Confidentialité en appel

(11) En cas d'appel, le paragraphe (10) s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux tribunaux d'appel.

2015, ch. 9, art. 7.

Autorisation de communication

19 (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

Report to Review Committee

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)(d) is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

R.S., 1985, c. C-23, s. 19; 1995, c. 5, s. 25; 2003, c. 22, s. 224(E).

Rapport au comité de surveillance

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)d), le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 19; 1995, ch. 5, art. 25; 2003, ch. 22, art. 224(A).

Protection of employees

20 (1) The Director and employees have, in performing the duties and functions of the Service under this Act, the same protection under the law as peace officers have in performing their duties and functions as peace officers.

Protection des employés

20 (1) Le directeur et les employés bénéficient, dans l'exercice des fonctions conférées au Service en vertu de la présente loi, de la même protection que celle dont bénéficient, en vertu de la loi, les agents de la paix au titre de leurs fonctions.

Unlawful conduct

(2) If the Director is of the opinion that an employee may, on a particular occasion, have acted unlawfully in the purported performance of the duties and functions of the Service under this Act, the Director shall cause to be submitted a report in respect thereof to the Minister.

Agissements illicites

(2) Le directeur fait rapport au ministre des actes qui peuvent avoir été accomplis selon lui illicitement, dans des cas particuliers, par des employés dans l'exercice censé tel des fonctions conférées au Service en vertu de la présente loi.

Report and comments to Attorney General of Canada

(3) The Minister shall cause to be given to the Attorney General of Canada a copy of any report that he receives pursuant to subsection (2), together with any comment that he considers appropriate in the circumstances.

Transmission au procureur général

(3) Le ministre fait transmettre au procureur général du Canada un exemplaire des rapports qu'il reçoit en conformité avec le paragraphe (2), accompagnés des commentaires qu'il juge à propos.

PART III

Review

Interpretation

Definition of *deputy head*

29 In this Part, *deputy head* means, in relation to

(a) a department named in Schedule I to the *Financial Administration Act*, the deputy minister thereof,

(b) the Canadian Forces, the Chief of the Defence Staff,

(c) the Royal Canadian Mounted Police, the Commissioner,

(d) the Service, the Director, and

(e) any other portion of the federal public administration, the person designated by order in council pursuant to this paragraph and for the purposes of this Part to be the deputy head of that portion of the federal public administration.

R.S., 1985, c. C-23, s. 29; 2003, c. 22, s. 224(E).

30 [Repealed, 2012, c. 19, s. 380]

31 [Repealed, 2012, c. 19, s. 380]

32 [Repealed, 2012, c. 19, s. 380]

33 [Repealed, 2012, c. 19, s. 380]

Security Intelligence Review Committee

Security Intelligence Review Committee

34 (1) There is hereby established a committee, to be known as the Security Intelligence Review Committee, consisting of a Chairman and not less than two and not more than four other members, all of whom shall be appointed by the Governor in Council from among members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or the House of Commons, after consultation by the Prime Minister of Canada with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader in the House of Commons of each party having at least twelve members in that House.

PARTIE III

Surveillance

Définition

Définition de *administrateur général*

29 Dans la présente partie, *administrateur général* s'entend :

a) à l'égard d'un ministère mentionné à l'annexe I de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, du sous-ministre;

b) à l'égard des Forces canadiennes, du chef d'état-major de la défense;

c) à l'égard de la Gendarmerie royale du Canada, du Commissaire;

d) à l'égard du Service, du directeur;

e) à l'égard d'un autre secteur de l'administration publique fédérale, de la personne désignée par décret, en vertu du présent alinéa, à titre d'administrateur général de ce secteur pour l'application de la présente partie.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 29; 2003, ch. 22, art. 224(A).

30 [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 380]

31 [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 380]

32 [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 380]

33 [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 380]

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité

Constitution du comité de surveillance

34 (1) Est constitué le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, composé du président et de deux à quatre autres membres, tous nommés par le gouverneur en conseil parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font partie ni du Sénat ni de la Chambre des communes. Cette nomination est précédée de consultations entre le premier ministre du Canada, le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacun des partis qui y disposent d'au moins douze députés.

Term of office

(2) Each member of the Review Committee shall be appointed to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years.

Re-appointment

(3) A member of the Review Committee is eligible to be re-appointed for a term not exceeding five years.

Expenses

(4) Each member of the Review Committee is entitled to be paid, for each day that the member performs duties and functions under this Act, such remuneration as is fixed by the Governor in Council and shall be paid reasonable travel and living expenses incurred by the member in the performance of those duties and functions.

1984, c. 21, s. 34.

Chairman of the Review Committee

35 (1) The Chairman of the Review Committee is the chief executive officer of the Committee.

Acting Chairman of the Review Committee

(2) The Chairman of the Review Committee may designate another member of the Committee to act as the Chairman in the event of the absence or incapacity of the Chairman and, if no such designation is in force or the office of Chairman is vacant, the Minister may designate a member of the Committee to act as the Chairman.

1984, c. 21, s. 35.

Staff of Review Committee

36 The Review Committee may, with the approval of the Treasury Board,

(a) engage a secretary and such other staff as it requires; and

(b) fix and pay the remuneration and expenses of persons engaged pursuant to paragraph (a).

1984, c. 21, s. 36.

Compliance with security requirements

37 Every member of the Review Committee and every person engaged by it shall comply with all security requirements applicable by or under this Act to an employee and shall take the oath of secrecy set out in the schedule.

1984, c. 21, s. 37.

Functions of Review Committee

38 (1) The functions of the Review Committee are

Durée du mandat

(2) Les membres du comité de surveillance sont nommés à titre inamovible pour une durée maximale de cinq ans.

Renouvellement

(3) Le mandat des membres du comité de surveillance est renouvelable pour une durée maximale identique.

Rémunération et frais

(4) Les membres du comité de surveillance ont le droit de recevoir, pour chaque jour qu'ils exercent les fonctions qui leur sont conférées en vertu de la présente loi, la rémunération que fixe le gouverneur en conseil et sont indemnisés des frais de déplacement et de séjour entraînés par l'exercice de ces fonctions.

1984, ch. 21, art. 34.

Premier dirigeant

35 (1) Le président est le premier dirigeant du comité de surveillance.

Suppléance

(2) Le président peut désigner un membre du comité de surveillance pour assumer la présidence en cas d'absence ou d'empêchement de sa part; à défaut d'une telle désignation préalable ou en cas de vacance du poste de président, le ministre désigne le président suppléant parmi les autres membres.

1984, ch. 21, art. 35.

Personnel du comité de surveillance

36 Le comité de surveillance peut, avec l'approbation du Conseil du Trésor :

a) engager un secrétaire et le personnel dont il a besoin;

b) fixer et verser la rémunération et les frais des personnes visées à l'alinéa a).

1984, ch. 21, art. 36.

Conditions de sécurité

37 Les membres du comité de surveillance et les personnes qu'il engage se conforment aux conditions de sécurité applicables aux employés en vertu de la présente loi et prêtent le serment de secret mentionné à l'annexe.

1984, ch. 21, art. 37.

Fonctions du comité de surveillance

38 (1) Le comité de surveillance a les fonctions suivantes :

(a) to review generally the performance by the Service of its duties and functions and, in connection therewith,

(i) [Repealed, 2012, c. 19, s. 381]

(ii) to review directions issued by the Minister under subsection 6(2),

(iii) to review arrangements entered into by the Service pursuant to subsections 13(2) and (3) and 17(1) and to monitor the provision of information and intelligence pursuant to those arrangements,

(iv) to review any report or comment given to it pursuant to subsection 20(4),

(v) to monitor any request referred to in paragraph 16(3)(a) made to the Service,

(vi) to review the regulations, and

(vii) to compile and analyse statistics on the operational activities of the Service;

(b) to arrange for reviews to be conducted, or to conduct reviews, pursuant to section 40; and

(c) to conduct investigations in relation to

(i) complaints made to the Committee under sections 41 and 42,

(ii) reports made to the Committee pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*, and

(iii) matters referred to the Committee pursuant to section 45 of the *Canadian Human Rights Act*.

a) surveiller la façon dont le Service exerce ses fonctions et, à cet égard :

(i) [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 381]

(ii) examiner les instructions que donne le ministre en vertu du paragraphe 6(2),

(iii) examiner les ententes conclues par le Service en vertu des paragraphes 13(2) et (3) et 17(1), et surveiller les informations ou renseignements qui sont transmis en vertu de celles-ci,

(iv) examiner les rapports et commentaires qui lui sont transmis en conformité avec le paragraphe 20(4),

(v) surveiller les demandes qui sont présentées au Service en vertu de l'alinéa 16(3)a),

(vi) examiner les règlements,

(vii) réunir et analyser des statistiques sur les activités opérationnelles du Service;

b) effectuer ou faire effectuer des recherches en vertu de l'article 40;

c) faire enquête sur :

(i) les plaintes qu'il reçoit en vertu des articles 41 et 42,

(ii) les rapports qui lui sont transmis en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la citoyenneté*,

(iii) les affaires qui lui sont transmises en vertu de l'article 45 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Review of measures

(1.1) In reviewing the performance by the Service of its duties and functions the Review Committee shall, each fiscal year, review at least one aspect of the Service's performance in taking measures to reduce threats to the security of Canada.

Review Committee's other functions

(2) As soon as the circumstances permit after receiving a copy of a report referred to in subsection 6(4), the Review Committee shall submit to the Minister a certificate stating the extent to which it is satisfied with the report and whether any of the Service's operational activities described in the report, in its opinion,

Examen des mesures

(1.1) Dans le cadre de la surveillance de la façon dont le Service exerce ses fonctions, le comité de surveillance examine à chaque exercice au moins un aspect de la prise, par le Service, de mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada.

Autres fonctions du comité de surveillance

(2) Dans les plus brefs délais possible après réception du rapport visé au paragraphe 6(4), le comité de surveillance remet au ministre un certificat indiquant dans quelle mesure le rapport lui paraît acceptable et signalant toute activité opérationnelle du Service visée dans le rapport qui, selon lui :

(a) is not authorized by or under this Act or contravenes any directions issued by the Minister under subsection 6(2); or

(b) involves an unreasonable or unnecessary exercise by the Service of any of its powers.

R.S., 1985, c. C-23, s. 38; 2001, c. 27, s. 225; 2012, c. 19, s. 381; 2015, c. 20, s. 50.

a) n'est pas autorisée sous le régime de la présente loi ou contrevient aux instructions données par le ministre en vertu du paragraphe 6(2);

b) comporte un exercice abusif ou inutile par le Service de ses pouvoirs.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 38; 2001, ch. 27, art. 225; 2012, ch. 19, art. 381; 2015, ch. 20, art. 50.

Committee procedures

39 (1) Subject to this Act, the Review Committee may determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions.

Procédure

39 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le comité de surveillance peut déterminer la procédure à suivre dans l'exercice de ses fonctions.

Access to information

(2) Despite subsection 18.1(2), any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, but subject to subsection (3), the Review Committee is entitled

(a) to have access to any information under the control of the Service that relates to the performance of the duties and functions of the Committee and to receive from the Director and employees such information, reports and explanations as the Committee deems necessary for the performance of its duties and functions; and

(b) during any investigation referred to in paragraph 38(c), to have access to any information under the control of the deputy head concerned that is relevant to the investigation.

Accès aux informations

(2) Malgré le paragraphe 18.1(2), toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, mais sous réserve du paragraphe (3), le comité de surveillance :

a) est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service et à recevoir du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice;

b) au cours des enquêtes visées à l'alinéa 38c), est autorisé à avoir accès aux informations qui se rapportent à ces enquêtes et qui relèvent de l'administrateur général concerné.

Idem

(3) No information described in subsection (2), other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies, may be withheld from the Committee on any grounds.

R.S., 1985, c. C-23, s. 39; 2012, c. 19, s. 382; 2015, c. 9, s. 9.

Idem

(3) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (2) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée au comité.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 39; 2012, ch. 19, art. 382; 2015, ch. 9, art. 9.

Review

40 (1) For the purpose of ensuring that the activities of the Service are carried out in accordance with this Act, the regulations and directions issued by the Minister under subsection 6(2) and that the activities do not involve any unreasonable or unnecessary exercise by the Service of any of its powers, the Review Committee may

(a) direct the Service to conduct a review of the Service's specific activities and provide the Committee with a report on the review; or

(b) if it considers that a review by the Service would be inappropriate, conduct such a review itself.

Recherches

40 (1) Afin de veiller à ce que les activités du Service soient conduites conformément à la présente loi, à ses règlements et aux instructions du ministre visées au paragraphe 6(2), et qu'elles ne donnent pas lieu à l'exercice par le Service de ses pouvoirs d'une façon abusive ou inutile, le comité de surveillance peut :

a) soit faire effectuer par le Service des recherches sur certaines activités du Service et exiger de lui qu'il lui en fasse rapport;

b) soit effectuer ces recherches lui-même s'il juge qu'il serait contre-indiqué de les faire effectuer par le Service.

Report of findings

(2) On completion of a review conducted under subsection (1), the Review Committee shall provide the Minister and the Director with the following:

(a) in the case of a review conducted by the Service, the Service's report to the Committee along with any recommendations that the Committee considers appropriate; and

(b) in the case of a review conducted by the Committee, its own report, which is to contain the findings of the review and any recommendations that the Committee considers appropriate.

R.S., 1985, c. C-23, s. 40; 2012, c. 19, s. 383.

Complaints

Complaints

41 (1) Any person may make a complaint to the Review Committee with respect to any act or thing done by the Service and the Committee shall, subject to subsection (2), investigate the complaint if

(a) the complainant has made a complaint to the Director with respect to that act or thing and the complainant has not received a response within such period of time as the Committee considers reasonable or is dissatisfied with the response given; and

(b) the Committee is satisfied that the complaint is not trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith.

Other redress available

(2) The Review Committee shall not investigate a complaint in respect of which the complainant is entitled to seek redress by means of a grievance procedure established pursuant to this Act or the *Public Service Labour Relations Act*.

R.S., 1985, c. C-23, s. 41; 2003, c. 22, s. 146(E).

Denial of security clearance

42 (1) Where, by reason only of the denial of a security clearance required by the Government of Canada, a decision is made by a deputy head to deny employment to an individual or to dismiss, demote or transfer an individual or to deny a promotion or transfer to an individual, the deputy head shall send, within ten days after the decision is made, a notice informing the individual of the denial of the security clearance.

Idem

(2) Where, by reason only of the denial of a security clearance required by the Government of Canada to be

Rapport

(2) À l'issue des recherches, le comité de surveillance envoie au ministre et au directeur :

a) si les recherches ont été effectuées par le Service, le rapport que celui-ci lui a fait parvenir et les recommandations que le comité juge indiquées;

b) s'il a effectué lui-même les recherches, son propre rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'il juge indiquées.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 40; 2012, ch. 19, art. 383.

Plaintes

Plaintes

41 (1) Toute personne peut porter plainte contre des activités du Service auprès du comité de surveillance; celui-ci, sous réserve du paragraphe (2), fait enquête à la condition de s'assurer au préalable de ce qui suit :

a) d'une part, la plainte a été présentée au directeur sans que ce dernier ait répondu dans un délai jugé normal par le comité ou ait fourni une réponse qui satisfasse le plaignant;

b) d'autre part, la plainte n'est pas frivole, vexatoire, sans objet ou entachée de mauvaise foi.

Restriction

(2) Le comité de surveillance ne peut enquêter sur une plainte qui constitue un grief susceptible d'être réglé par la procédure de griefs établie en vertu de la présente loi ou de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

L.R. (1985), ch. C-23, art. 41; 2003, ch. 22, art. 146(A).

Refus d'une habilitation de sécurité

42 (1) Les individus qui font l'objet d'une décision de renvoi, de rétrogradation, de mutation ou d'opposition à engagement, avancement ou mutation prise par un administrateur général pour la seule raison du refus d'une habilitation de sécurité que le gouvernement du Canada exige doivent être avisés du refus par l'administrateur général; celui-ci envoie l'avis dans les dix jours suivant la prise de la décision.

Idem

(2) Dans le cas où, pour la seule raison du refus d'une habilitation de sécurité que le gouvernement du Canada

given in respect of an individual, a decision is made to deny the individual or any other person a contract to provide goods or services to the Government of Canada, the deputy head concerned shall send, within ten days after the decision is made, a notice informing the individual and, where applicable, the other person of the denial of the security clearance.

exige à l'égard d'un individu, celui-ci ou une autre personne fait l'objet d'une décision d'opposition à un contrat de fourniture de biens ou de services à ce gouvernement, l'administrateur général concerné envoie dans les dix jours suivant la prise de la décision un avis informant l'individu, et s'il y a lieu l'autre personne, du refus.

Receipt and investigation of complaints

(3) The Review Committee shall receive and investigate a complaint from

(a) any individual referred to in subsection (1) who has been denied a security clearance; or

(b) any person who has been denied a contract to provide goods or services to the Government of Canada by reason only of the denial of a security clearance in respect of that person or any individual.

Réception des plaintes et enquêtes

(3) Le comité de surveillance reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes présentées par :

a) les individus visés au paragraphe (1) à qui une habilitation de sécurité est refusée;

b) les personnes qui ont fait l'objet d'une décision d'opposition à un contrat de fourniture de biens ou de services pour la seule raison du refus d'une habilitation de sécurité à ces personnes ou à quiconque.

Time within which complaint is to be made

(4) A complaint under subsection (3) shall be made within thirty days after receipt of the notice referred to in subsection (1) or (2) or within such longer period as the Review Committee allows.

1984, c. 21, s. 42

Délai

(4) Les plaintes visées au paragraphe (3) sont à présenter dans les trente jours suivant la réception de l'avis mentionné aux paragraphes (1) ou (2) ou dans le délai supérieur accordé par le comité de surveillance.

1984, ch. 21, art. 42.

Member of the Committee authorized to act alone

43 A member of the Review Committee may exercise any of the powers or perform any of the duties or functions of the Committee under this Part in relation to complaints.

1984, c. 21, s. 43.

Délégation de compétence

43 Un membre du comité de surveillance peut, à l'égard des plaintes dont celui-ci est saisi, exercer les pouvoirs et fonctions que la présente partie confère au comité.

1984, ch. 21, art. 43.

Complaints submitted on behalf of complainants

44 Nothing in this Act precludes the Review Committee from receiving and investigating complaints described in sections 41 and 42 that are submitted by a person authorized by the complainant to act on behalf of the complainant, and a reference to a complainant in any other section includes a reference to a person so authorized.

1984, c. 21, s. 44.

Représentants

44 Le comité de surveillance peut recevoir les plaintes visées aux articles 41 et 42 par l'intermédiaire d'un représentant du plaignant. Dans les autres articles de la présente loi, les dispositions qui concernent le plaignant concernent également son représentant.

1984, ch. 21, art. 44.

Written complaint

45 A complaint under this Part shall be made to the Review Committee in writing unless the Committee authorizes otherwise.

1984, c. 21, s. 45.

Plaintes écrites

45 Les plaintes visées à la présente partie sont à présenter par écrit au comité de surveillance, sauf autorisation contraire de celui-ci.

1984, ch. 21, art. 45.

Statement and notice of hearing to be sent to the complainant

46 The Review Committee shall, as soon as practicable after receiving a complaint made under section 42, send to the complainant a statement summarizing such

Résumé au plaignant

46 Afin de permettre au plaignant d'être informé de la façon la plus complète possible des circonstances qui ont donné lieu au refus d'une habilitation de sécurité, le

information available to the Committee as will enable the complainant to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the denial of the security clearance and shall send a copy of the statement to the Director and the deputy head concerned.

1984, c. 21, s. 46.

Investigations

Notice of intention to investigate

47 Before commencing an investigation of a complaint referred to in paragraph 38(c) other than an investigation under section 41, the Review Committee shall notify the Director and, where applicable, the deputy head concerned of its intention to carry out the investigation and shall inform the Director and the deputy head of the substance of the complaint.

1984, c. 21, s. 47.

Investigations in private

48 (1) Every investigation of a complaint under this Part by the Review Committee shall be conducted in private.

Right to make representations

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Part by the Review Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by any other person.

1984, c. 21, s. 48.

Canadian Human Rights Commission may comment

49 In the course of an investigation of a complaint under this Part, the Review Committee shall, where appropriate, ask the Canadian Human Rights Commission for its opinion or comments with respect to the complaint.

1984, c. 21, s. 49.

Powers of Review Committee

50 The Review Committee has, in relation to the investigation of any complaint under this Part, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Committee and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Committee deems requisite to

comité de surveillance lui envoie, dans les plus brefs délais possible après réception d'une plainte présentée en vertu de l'article 42, un résumé des informations dont il dispose à ce sujet; il envoie un exemplaire du résumé au directeur et à l'administrateur général concerné.

1984, ch. 21, art. 46.

Enquêtes

Avis d'enquête

47 Le comité de surveillance, avant de procéder aux enquêtes visées à l'alinéa 38c), autres que celles faites en vertu de l'article 41, avise le directeur et, s'il y a lieu, l'administrateur général concerné de son intention d'enquêter et leur fait connaître l'objet de la plainte.

1984, ch. 21, art. 47.

Secret

48 (1) Les enquêtes sur les plaintes présentées en vertu de la présente partie sont tenues en secret.

Droit de présenter des observations

(2) Au cours d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de la présente partie, le plaignant, le directeur et l'administrateur général concerné doivent avoir la possibilité de présenter des observations et des éléments de preuve au comité de surveillance ainsi que d'être entendu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat; toutefois, nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au comité, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

1984, ch. 21, art. 48.

Commentaires de la Commission canadienne des droits de la personne

49 Au cours d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de la présente partie, le comité de surveillance demande, si cela est opportun, à la Commission canadienne des droits de la personne de lui donner son avis ou ses commentaires sur la plainte.

1984, ch. 21, art. 49.

Pouvoirs du comité de surveillance

50 Le comité de surveillance a, dans ses enquêtes sur les plaintes présentées en vertu de la présente partie, le pouvoir :

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous serment et à produire les pièces qu'il juge

the full investigation and consideration of the complaint in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) to administer oaths; and

(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Committee sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.

1984, c. 21, s. 50.

Evidence in other proceedings

51 Except in a prosecution of a person for an offence under section 133 of the *Criminal Code* (false statements in extra-judicial proceedings) in respect of a statement made under this Act, evidence given by a person in proceedings under this Part and evidence of the existence of the proceedings are inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.

1984, c. 21, s. 51.

Report of findings

52 (1) The Review Committee shall,

(a) on completion of an investigation in relation to a complaint under section 41, provide the Minister and the Director with a report containing the findings of the investigation and any recommendations that the Committee considers appropriate; and

(b) at the same time as or after a report is provided pursuant to paragraph (a), report the findings of the investigation to the complainant and may, if it thinks fit, report to the complainant any recommendations referred to in that paragraph.

Idem

(2) On completion of an investigation in relation to a complaint under section 42, the Review Committee shall provide the Minister, the Director, the deputy head concerned and the complainant with a report containing any recommendations that the Committee considers appropriate, and those findings of the investigation that the Committee considers it fit to report to the complainant.

1984, c. 21, s. 52.

Reports

Annual reports

53 (1) The Review Committee shall, not later than September 30 in each fiscal year, submit to the Minister a

indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir des éléments de preuve ou des informations par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux.

1984, ch. 21, art. 50.

Inadmissibilité de la preuve dans d'autres procédures

51 Sauf les cas où une personne est poursuivie pour une infraction visée à l'article 133 du *Code criminel* (fausses déclarations dans des procédures extrajudiciaires) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, les dépositions faites au cours de procédures prévues par la présente partie ou le fait de l'existence de ces procédures ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.

1984, ch. 21, art. 51.

Rapport et recommandation

52 (1) Le comité de surveillance :

a) à l'issue d'une enquête sur une plainte présentée en vertu de l'article 41, envoie au ministre et au directeur un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'il juge indiquées;

b) en même temps ou plus tard, fait parvenir au plaignant les conclusions de son enquête; s'il le juge à propos, il peut y joindre tout ou partie des recommandations mentionnées à l'alinéa a).

Idem

(2) À l'issue d'une enquête sur une plainte présentée en vertu de l'article 42, le comité de surveillance envoie au ministre, au directeur, à l'administrateur général concerné et au plaignant un rapport des recommandations qu'il juge indiquées et des conclusions qu'il juge à propos de communiquer au plaignant.

1984, ch. 21, art. 52.

Rapports

Rapport annuel

53 (1) Au plus tard le 30 septembre, le comité de surveillance présente au ministre son rapport d'activité pour

TAB

3

CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

National Energy Board Act

Loi sur l'Office national de l'énergie

R.S.C., 1985, c. N-7

L.R.C. (1985), ch. N-7

Current to August 29, 2016

Last amended on June 19, 2016

À jour au 29 août 2016

Dernière modification le 19 juin 2016

Published by the Minister of Justice at the following address:
http://laws-lois.justice.gc.ca

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :
http://lois-laws.justice.gc.ca

(b) letters patent issued under section 5.1 or 5.4 of the *Canada Corporations Act*, chapter C-32 of the Revised Statutes of Canada, 1970, except for the purpose of paragraph 115(b) of this Act; (*loi spéciale*)

toll includes any toll, rate, charge or allowance charged or made

(a) for the shipment, transportation, transmission, care, handling or delivery of hydrocarbons or of another commodity that is transmitted through a pipeline, or for storage or demurrage or the like,

(b) for the provision of a pipeline when the pipeline is available and ready to provide for the transmission of oil or gas, and

(c) in respect of the purchase and sale of gas that is the property of a company and that is transmitted by the company through its pipeline, excluding the cost to the company of the gas at the point where it enters the pipeline; (*droit*)

Tribunal means a pipeline claims tribunal established under subsection 48.18(1). (*Tribunal*)

R.S., 1985, c. N-7, s. 2; R.S., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 299; 1990, c. 7, s. 1; 1994, c. 24, s. 34(F); 1996, c. 10, s. 237, c. 31, s. 90; 2004, c. 25, s. 147; 2012, c. 19, s. 69, c. 31, s. 337; 2015, c. 21, s. 2.

biens réels et intérêts fonciers, ainsi qu'aux droits et intérêts afférents et, dans la province de Québec, aux immeubles ainsi qu'aux droits afférents et aux droits des locataires relativement aux immeubles. Ces droits et intérêts peuvent porter sur la surface ou le sous-sol de ces terrains. (*lands*)

Tribunal Tribunal d'indemnisation en matière de pipelines constitué en application du paragraphe 48.18(1). (*Tribunal*)

L.R. (1985), ch. N-7, art. 2; L.R. (1985), ch. 28 (3e suppl.), art. 299; 1990, ch. 7, art. 1; 1994, ch. 24, art. 34(F); 1996, ch. 10, art. 237, ch. 31, art. 90; 2004, ch. 25, art. 147; 2012, ch. 19, art. 69, ch. 31, art. 337; 2015, ch. 21, art. 2.

Application

Binding on Her Majesty

2.1 This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.

1990, c. 7, s. 2.

Champ d'application

Obligation de Sa Majesté

2.1 La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

1990, ch. 7, art. 2.

PART I

National Energy Board

Establishment of the Board

Board established

3 (1) There is hereby established a Board, to be called the National Energy Board, consisting of not more than nine members to be appointed by the Governor in Council.

Tenure of members

(2) Subject to subsection (3), each member of the Board shall be appointed to hold office during good behaviour for a period of seven years, but may be removed at any time by the Governor in Council on address of the Senate and House of Commons.

PARTIE I

Office national de l'énergie

Constitution

Constitution

3 (1) Est constitué l'Office national de l'énergie, composé d'au plus neuf membres nommés par le gouverneur en conseil.

Mandat

(2) Sous réserve du paragraphe (3), les membres de l'Office occupent leur poste à titre inamovible pour un mandat de sept ans, sous réserve de révocation par le gouverneur en conseil sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

Reappointment

(3) A member appointed under subsection (2) is eligible to be reappointed to hold office during good behaviour for any term of seven years or less.

Eligibility

(4) A person is not eligible to be appointed or to continue as a member of the Board if that person is not a Canadian citizen or permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or is, as owner, shareholder, director, officer, partner or otherwise, engaged in the business of producing, selling, buying, transmitting, exporting, importing or otherwise dealing in hydrocarbons or electricity or holds any bond, debenture or other security of a corporation engaged in any such business.

Residence and other employment

(5) Each member, other than a member appointed under subsection 4(1), shall, during his term of office,

(a) reside in, or within a reasonable commuting distance of, Calgary, Alberta or at such other place in Canada as the Governor in Council may approve; and

(b) devote the whole of his time to the performance of his duties under this Act, and shall not accept or hold any office or employment inconsistent with his duties and functions under this Act.

R.S., 1985, c. N-7, s. 3; 1990, c. 7, s. 3; 1991, c. 27, s. 1; 2001, c. 27, s. 262; 2015, c. 21, s. 3.

Temporary members

4 (1) In addition to the number of members that may be appointed under subsection 3(1), the Governor in Council may, notwithstanding subsection 3(2), appoint temporary members of the Board on such terms and conditions as the Governor in Council may prescribe and any temporary member so appointed shall carry out such duties as may be assigned to that member by the Chairperson of the Board.

(2) [Repealed, 2012, c. 19, s. 70]

Temporary members, other employment

(3) A member appointed under subsection (1) shall not, during his term of office, accept or hold any office or employment inconsistent with the member's duties under this Act.

R.S., 1985, c. N-7, s. 4; 2012, c. 19, ss. 70, 99(E).

Reconduction du mandat

(3) Le mandat des membres peut être reconduit pour toute période de sept ans ou moins.

Conditions de nomination

(4) Pour être membre de l'Office, il faut, d'une part, être un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, d'autre part, ne pas participer, à titre notamment de propriétaire, d'actionnaire, d'administrateur, de dirigeant ou d'associé, à une entreprise se livrant à la production, la vente, l'achat, le transport, l'exportation ou l'importation d'hydrocarbures ou d'électricité, ou à d'autres opérations concernant ceux-ci, ni être détenteur de titres de créance, entre autres, obligations ou débentures, d'une personne morale exploitant une entreprise de cette nature.

Lieu de résidence et incompatibilités

(5) Les membres, à l'exception de ceux qui sont nommés aux termes du paragraphe 4(1), doivent, durant leur mandat :

a) résider à Calgary (Alberta) ou dans un lieu suffisamment proche de cette ville ou encore dans tout autre lieu au Canada agréé par le gouverneur en conseil;

b) se consacrer à l'accomplissement des fonctions prévues par la présente loi, à l'exclusion de tout poste ou emploi incompatible avec celles-ci.

L.R. (1985), ch. N-7, art. 3; 1990, ch. 7, art. 3; 1991, ch. 27, art. 1; 2001, ch. 27, art. 262; 2015, ch. 21, art. 3.

Membres temporaires

4 (1) Le gouverneur en conseil peut nommer des membres temporaires de l'Office, aux conditions qu'il fixe; ceux-ci remplissent les fonctions que leur assigne le président.

(2) [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 70]

Incompatibilités

(3) Les membres temporaires ne peuvent, durant leur mandat, occuper un poste ou un emploi incompatible avec les fonctions que leur confère la présente loi.

L.R. (1985), ch. N-7, art. 4; 2012, ch. 19, art. 70 et 99(A).

TAB

4

Case Name:

Canada (Attorney General) v. Almalki

Between
Attorney General of Canada, Appellant, and
Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Adbulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A ALmalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abouelmaati, Samira Al-Shallash, Rashaabou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin, Respondents

[2011] F.C.J. No. 872

[2011] A.C.F. no 872

2011 FCA 199

2011 CAF 199

2011 CarswellNat 2096

97 W.C.B. (2d) 31

[2012] 2 F.C.R. 594

[2012] 2 R.C.F. 594

420 N.R. 91

333 D.L.R. (4th) 506

271 C.C.C. (3d) 63

203 A.C.W.S. (3d) 771

Docket A-428-10

Federal Court of Appeal
Ottawa, Ontario

Blais C.J., Létourneau and Trudel JJ.A.

Heard: May 31, 2011.
Judgment: June 13, 2011.

(38 paras.)

Appeal by the Attorney General of Canada from an order for public disclosure. The respondents sued the Canadian government in the Ontario Superior Court of Justice for the government's alleged complicity in their detention and torture in Syria and Egypt. Prior thereto, the Crown produced approximately 40,000 documents for the Iacobucci Inquiry. Privilege was claimed over most of the documents. The Crown produced 486 documents in connection with the respondents' action. Most were redacted, and more were made available upon further review. The Crown sought an order pursuant to s. 38 of the Evidence Act prohibiting or limiting further disclosure. The respondents argued that the information in the documents was dated and they had not been charged with any offence so there was no risk in disclosure. The Crown argued that certain federal agencies were concerned with disclosure of persons of interest, operations, relationships with other countries, employee information and other sources of information. In a private order, the judge ordered disclosure of relevant information following a balancing exercise of competing public interests. The Crown challenged the portion of the decision ordering disclosure of documents it regarded as sensitive and containing potentially injurious information. The Crown sought prohibition of disclosure, or changes to the disclosure order so as to limit any injury to international relations or national defence or national security. At issue was whether the judge erred in failing to apply the common law informer privilege rule to Canadian Security Intelligence Service ("CSIS") human sources, and whether the judge erred in his treatment of the Third Party Rule by ordering disclosure of certain information received from foreign partners.

HELD: Appeal allowed in part. The judge made no error in not applying the informer privilege rule to CSIS human sources. Extension of informer privilege to CSIS human sources was a matter for Parliament. The Canadian Security Intelligence Service Act did not create an absolute prohibition against disclosure of information from CSIS human sources as the informer class privilege did. In addition, s. 38 of the Evidence Act imposed a balancing system which contemplated disclosure of potentially injurious information where the public interest in disclosure outweighed the public interest in non-disclosure. The judge below was best positioned to conduct that balancing. However, the judge improperly applied the Third Party Rule in ordering disclosure of certain information received from foreign partners. The judge either discounted the evidence of injury or gave undue

weight to the respondents' claim of prejudice, thereby giving disproportionate weight to the public interest in disclosure of the information. The disclosure order was set aside and a confidential order was issued implementing changes necessary to prevent and minimize injury to international relations, national security and national defence.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, "judge, "participant, "potentially injurious information, "proceeding, "prosecutor, "sensitive information, s. 38, s. 38.01, s. 38.02, s. 38.03, s. 38.031, s. 38.04, s. 38.05, s. 38.06, s. 38.06(2), s. 38.06(3), s. 38.07, s. 38.08, s. 38.09

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 18, s. 18(2), s. 19

Counsel:

Linda J. Wall and Catherine A. Lawrence, for the Appellant.

Philip Tunley and Frederick Schumann, for the Respondents.

François Dadour, appearing as amicus curiae.

The judgment of the Court was delivered by

LÉTOURNEAU J.A.:--

The issues on appeal

1 The Attorney General of Canada (appellant) appeals against a decision of a designated judge of the Federal Court (judge) rendered in relation to the public disclosure of sensitive and potentially injurious information as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Act).

2 The appellant challenges part of the judge's decision which ordered the disclosure of a number of documents. He seeks with respect to some of these documents an order confirming prohibition of disclosure pursuant to subsection 38.06(3) of the Act. As for the others, the demand is for changes to the disclosure order so as to limit any injury to international relations or national defence or national security as authorized by subsection 38.06(2).

[Emphasis added]

18 The informer privilege as a class privilege protects the relationship between the informer and a peace officer. It is part of a peace officer's toolbox that the courts judged necessary to enforce criminal law. In the *Bisaillon* case, previously cited, Beetz J. writes at page 105:

> The rule gives a peace officer the power to promise his informers' secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed.
>
> The common law did not give a peace officer this right simply because it would be useful to him, but because it concluded empirically that the right was necessary.
>
> This power of giving an assurance of secrecy is part of the range of means with which a peace officer is equipped by the criminal law, such as the power of making an arrest without a warrant and the power of search and seizure under ss. 450 and 443 *et seq.* of the *Criminal Code*; it partakes of the nature of these methods and, like them, it is closely associated with the status of a peace officer.

[Emphasis added]

19 In the *National Post* case, Binnie J. reviewed some of the difficulties associated with the granting of a class privilege to journalists: the immense variety and degrees of professionalism (or lack of it) of persons who gather and publish news said to be based on secret sources, the extent of the respective rights and immunities of the journalist and the source to whom confidentiality has been promised, the absence of workable criteria for the creation or loss of the claimed immunity: *National Post*, *ibidem*, at paragraphs 43 to 45.

20 All these considerations raised by Binnie J. apply in the present instance to the application of the informer privilege to CSIS human sources. CSIS employees are not peace officers and belong within the service to different categories of employees. Who will, or perhaps it is better asked, who should have the authority to grant immunity? To whom should it be granted? Anyone who seeks it? In other words, who should be part of the class?

21 Another difficulty stems from the conditions under which the immunity should be granted.

TAB

5

Case Name:

Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)

Between
The Attorney General of Canada and Bruce Hartley, applicants,
and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier, applicants,
and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada, Meribeth Morris, Randy Mylyk and Emechete Onuoha, applicants, and
The Information Commissioner of Canada and David Pugliese, respondents
And between
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier, applicants,
and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Randy Mylyk, applicants,
and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and the Honourable Art C. Eggleton, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Meribeth Morris, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between

The Attorney General of Canada and Sue Ronald, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Mel Cappe, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada, the Honourable Art C. Eggleton, George Young and Judith Mooney, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Bruce Hartley, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Randy Mylyk, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Meribeth Morris, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Sue Ronald, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Mel Cappe, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and the Honourable Art C. Eggleton, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and the Honourable Art C.

Eggleton, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and the Honourable Art C. Eggleton, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Jean Pelletier, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and the Honourable Art C. Eggleton, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent
And between
The Attorney General of Canada and Mel Cappe, applicants, and
The Information Commissioner of Canada, respondent

[2004] F.C.J. No. 524

[2004] A.C.F. no 524

2004 FC 431

2004 CF 431

[2004] 4 F.C.R. 181

[2004] 4 R.C.F. 181 [condensé *]

255 F.T.R. 56

15 Admin. L.R. (4th) 58

32 C.P.R. (4th) 464

117 C.R.R. (2d) 85

132 A.C.W.S. (3d) 822

Dockets T-582-01, T-606-01, T-1640-00, T-1641-00,

T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01,

T-1047-01, T-1254-01, T-1909-01, T-684-01, T-763-01,

T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01,

T-1448-01, T-1910-01, T-2070-01, T-801-01, T-891-01,

T-1083-01

Federal Court
Ottawa, Ontario

Dawson J.

Heard: September 15 - 25, 2003.
Judgment: March 25, 2004.

(367 paras.)

* Editor's note: The judgment as reported in the Federal Court Reports is abridged. The full text of the decision as released by the Court is available below.

Government law -- Freedom of information -- Bars -- Confidential information -- Documents subject to inspection -- Legislation -- Federal -- Statutory interpretation -- Statutes -- Construction -- By context -- Ordinary meaning -- Constitutional law -- Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Fundamental reportds -- Freedom of expression -- Reasonable limits -- Oakes test -- Administrative law -- The hearing -- Procedure.

Applications for judicial review of the Information Commissioner's right to conduct investigations under the Access to Information Act. A number of parties made requests to the Privy Council Office, the Department of National Defence and the Department of Transport for disclosure of government records. At issue was the jurisdiction of the Commissioner to put certain questions to individuals summoned by subpoena to give evidence before the Commissioner; the jurisdiction of the Commissioner to copy documents he had obtained pursuant to the issuance of a subpoena duces tecum; the scope of the Commissioner's power to review documents that were the subject of a claim for solicitor-client privilege; the jurisdiction of the Commissioner to make confidentiality orders prohibiting persons who had given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony; and whether records under the control of the Prime Minister's Office and the office of the Minister of Defence were records "under the control of" the Privy Council Office or the Department of National Defence.

HELD: Applications allowed in part. The confidentiality orders were set aside but were to remain in

effect for 30 days to protect the ongoing status of the Commissioner's investigation. The issue of the propriety of the disputed questions was moot, and this was not a proper case for the court to exercise its discretion to decide a moot issue. The Act by implication authorized the Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to his power to subpoena documents. The Act authorized the Commissioner's delegate to require production of a specific legal memorandum, notwithstanding the claim that it was the subject of solicitor-client privilege. It was not necessary for the Commissioner's delegate to conclude that the memorandum was absolutely required for the investigation before requiring its production. The Act authorized the Commissioner's delegate to impose confidentiality orders upon witnesses who appeared before him to give evidence. However, the confidentiality orders in question breached the right of the individual applicants to freedom of expression, and the orders were over-broad and were not a reasonable limit prescribed by law so as to be valid pursuant to s. 1 of the Charter. It was premature to adjudicate upon the request for a declaration that records under the control of the Prime Minister's Office or the office of a Minister were not under the control of a government institution and were not subject to the Act. This issue was to be determined by the court after the Commissioner had been allowed to complete his investigation and report.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2(1), 2, 4(1), 7, 8, 9, 10(3), 11, 13, 21, 26, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 46, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 72, 75, 77.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 38.13.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, ss. 1, 2(b).

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c F-7, s. 18.1.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8.

Counsel:

David Scott, Peter Doody, Lawrence Elliot and Mandy Moore, for the applicants.
Raynold Langlois, Daniel Brunet, Patricia Boyd, Rima Kayssi and Marlys Edwardh, for the respondent, Information Commissioner.
Scott Little, for the respondent, David Pugliese (T-1641-00).

REASONS FOR ORDER

1 **DAWSON J.**:-- These 25 applications for judicial review raise significant issues relating to the

Pelletier has, however, challenged the validity of the order in one of the applications which is part of Group B.

(ii) The Issues to be Determined

141 Counsel agree that the following issues are raised in the Group B applications:

(i) Does the Commissioner's delegate have jurisdiction under the Act to issue the confidentiality orders?

(ii) If so, do the confidentiality orders breach the right to freedom of expression guaranteed to each individual applicant by subsection 2(b) of the Charter?

(iii) If so, were the confidentiality orders a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter?

The Commissioner consents to being named respondent in these applications and the order will so provide.

(iii) Anaylsis

142 The Commissioner argues that the confidentiality orders were "a limited procedural tool" used in order to "bring home to a witness" the obligations imposed upon the witness under section 35 of the Act. I therefore begin the analysis by considering whether there is, in any event, an obligation on witnesses before the Commissioner or his delegate to maintain the confidentiality of the proceeding.

(a) The nature and extent of any statutory obligation of confidentiality upon a witness before the Commissioner.

143 The Commissioner relies upon the statutory requirement in subsection 35(1) of the Act to the effect that every investigation conducted by the Commissioner "shall be conducted in private" (in French, "sont secrètes") in order to argue that witnesses and their counsel are obliged to maintain the confidentiality of the proceedings. The Commissioner argues that this interpretation of "in private" furthers two important statutory objectives. First, this interpretation is said to operate to ensure the confidentiality of government information. This objective is best achieved, it is said, by interpreting the phrase "in private" to require both the exclusion of the public and the imposition of a duty to hold forever confidential information obtained by a witness or his or her counsel during an investigation. Second, this interpretation is said to enhance the truth finding function of the Commissioner's investigations. This is so, it is submitted, because this confidentiality obligation will operate to ensure that a witness' testimony is not tainted by knowledge of the evidence given by another witness. The confidentiality obligation is also said to promote candour by ensuring that a witness can testify without fear of reprisal. The Commissioner notes that in Rubin v. Canada (Privy

Council Clerk), [1994] 2 F.C. 707; aff'd [1996] 1 S.C.R. 6 the Federal Court of Appeal recognized the importance of confidentiality to the investigative process under the Act by holding that representations made with respect to an access request must be kept confidential on a permanent basis.

144 Reliance is also placed by the Commissioner upon the decision of my colleague Madam Justice Simpson in Ruby v. Canada (Solicitor General), [1996] 3 F.C. 134; affirmed [2000] 3 F.C. 589 (C.A.); reversed in part [2002] 4 S.C.R. 3. At paragraph 43 of her reasons Madam Justice Simpson noted that in the context before her "an in camera proceeding is one in which those present are forever precluded from discussing the proceedings with anyone who is not in the courtroom".

145 Counsel advise that this is the first occasion on which the Court has been required to consider what, if any, obligations are imposed upon a witness before the Commissioner in view of the requirement that the Commissioner's investigation be "conducted in private". To construe what is intended by that phrase it is necessary to consider the grammatical and ordinary sense of the words used and the scheme and object of the Act, all as described by the Supreme Court in Chieu, supra.

146 As to the sense of the words used, in a different context the requirement under the Fatality Inquiries Act, R.S.A. 1980, c. F.6 that proceedings related to certain medical evidence "shall be in private" has been held to require that the evidence be received "in camera". See: Re Edmonton Journal and Attorney General Alberta (1983), 5 D.L.R. (4th) 240 (Alta. Q.B.); affirmed (1984) 13 D.L.R. (4th) 479 (Alta. C.A.); leave to appeal refused. The motions judge there held that the phrases "in private" and "in camera" were to the same effect.

147 As to the extent of any obligation of secrecy imposed on a participant in an in camera hearing, in C.B. v. The Queen, [1981] 2 S.C.R. 480 the Supreme Court of Canada was required to consider what Parliament intended when it enacted in the Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3 the requirement that "the trial of children shall take place without publicity". The Supreme Court concluded on a contextual reading of the legislation that the expression "without publicity" meant "in camera". The Court went on to note, at page 492 of its reasons, that notwithstanding the in camera nature of the proceeding, members of the media were free to solicit information from witnesses and investigators and that "any and all other sources of information concerning the events and circumstances surrounding the delinquency may be considered and reported by [the media], providing that the names or an indication of the identity of the child or its parents are not published". It follows that in that context, the Supreme Court was of the view that there was no obligation on a witness or participant in an in camera proceeding to keep private their testimony or what transpired at the hearing.

148 These cases make clear that what is intended in any particular case by the phrase "in private" or "in camera" depends upon the context in which the phrase is used.

149 In this regard, what I take from the scheme and object of the Act is that the Commissioner is to have access to records under the control of a government institution. In exchange for a relatively

unrestricted right of access, strict confidentiality requirements are imposed upon the Commissioner. Thus, the Commissioner may not disclose what he learns, except in limited circumstances, and the Commissioner is not a competent or compellable witness with respect to what he learns in the performance of his duties (expect with respect to matters such as prosecutions for offences under the Act or perjury in respect to statements made under the Act). The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff, presumably because those in government with access to confidential information are subject to an already existing government regime for the keeping of its confidences (for example, the oath of office required under the Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, fiduciary or contractual obligations and legislation such as the Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5).

150 Put another way, the confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the Commissioner. It is consistent with that scheme that the confidentiality requirements are requirements imposed only upon the Commissioner.

151 I believe that Parliament manifested this intention in section 62 of the Act where it wrote "[S]ubject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act". [underlining added] The confidentiality obligation is only directed to the Commissioner and his delegates. Parliament could have expressly enacted a confidentiality provision which applied to witnesses, but did not.

152 I find some support for this interpretation in the decision of the Supreme Court of Canada in Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), supra. In that case, the Commissioner of Official Languages conducted an investigation into a complaint made by Mr. Lavigne that his rights under the Official Languages Act had been violated. In the course of his investigation the Commissioner of Official Languages interviewed a number of witnesses. Mr. Lavigne then sought release of those witnesses' statements through an application he made under the Privacy Act. Where the person interviewed consented to the release of his or her statement, that statement was released to Mr. Lavigne. However, in the absence of such consent the Commissioner of Official Languages refused to release statements to Mr. Lavigne. I find the case to be of some assistance because the statutory provisions governing the Commissioner of Official Languages are substantially identical to those governing the Commissioner. Particularly, the legislation requires that every investigation "shall be conducted in private" and the legislation contains the same confidentiality provisions as are found in sections 62, 63 and 65 of the Act. In the reasons of the Supreme Court of Canada there is no suggestion that the statutory requirement to proceed "in private" prevented witnesses from consenting to the disclosure of their statements or otherwise imposed confidentiality obligations upon anyone other than the Commissioner of Official Languages. It was the absence of such a confidentiality requirement that allowed the persons interviewed to consent to the release of their interview statement.

153 Two further considerations, in my view, favour this conclusion.

154 The first consideration is that as noted above and evidenced by cases such as C.B., supra and Ruby, supra, the requirement to proceed "in private" or "in camera" may place varying obligations upon witnesses. For reasons which are set out below in the context of the analysis of the Charter issue, I conclude that any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance before the Commissioner would infringe that person's right to free expression guaranteed by subsection 2(b) of the Charter in a fashion that could not be justified under section 1. In Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038 at page 1078, Mr. Justice Lamer, as he then was, explained that legislation that is open to more than one interpretation should not be interpreted so as to make it inconsistent with the Charter2. Interpreting the provision that proceedings be "in private" not to prohibit participants on a blanket basis forever from discussing their evidence and participation avoids interpreting the provision in a fashion which is inconsistent with the Charter.

155 The second consideration that favours interpreting the confidentiality requirements of the Act to bind the Commissioner is the Commissioner's delegate's treatment of the confidentiality obligations of the witnesses before him. In this regard, the Commissioner and his delegate have significant familiarity and expertise with the Act and with its application to the conduct of investigations. Therefore, I consider that their actions as they reflect their interpretation of the Act, while not determinative, are entitled to some weight and can assist in interpreting the Act where there is doubt about the meaning of a particular provision. See: Nowegijick v. R., [1983] 1 S.C.R. 29 at page 37.

156 I find the following evidence of the Commissioner's delegate's treatment of any confidentiality obligation to be relevant.

157 First, the confidentiality orders here at issue expressly provide that they can be terminated by order of the Commissioner. Indeed, the Commissioner's delegate consistently took the position that he has jurisdiction to modify or to release a witness in part from the obligation of confidentiality. For example, on April 23, 2001 the Commissioner's delegate wrote:

> Taking into account the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a Prime Minister and his senior political adviser, I consider it appropriate to exercise my discretion in favour of permitting the witness to communicate information deriving from the confidential proceeding to the Prime Minister. However, no evidence was presented to support the request that the Prime Minister be given the authority to communicate confidential information to any or all members of his Cabinet. Given the nature of the proceeding and the requirements of s. 35, I consider that granting the request would not be consistent with my obligation to protect the confidentiality and the integrity of this investigation.

TAB

6

** Translation **

Case Name:

Canada (Attorney General) v. Al Telbani

Between
Attorney General of Canada, Applicant, and
Hani Al Telbani, Respondent, and
The Security Intelligence Review Committee, Intervener

[2012] F.C.J. No. 507

[2012] A.C.F. no 507

2012 FC 474

[2014] 1 F.C.R. 21

[2014] 1 R.C.F. 21

414 F.T.R. 1

Docket T-1645-10

Federal Court
Ottawa, Ontario

Noël J.

Heard: January 31, 2012.
Judgment: April 23, 2012.
Amended judgment: January 9, 2014.

(161 paras.)

Counsel:

Kathia Bustros and Michael Peirce, for the Applicant.

Nadia Effendi, for the Intervener.

[Editor's note: Amended reasons were released by the Court on January 9, 2014. The changes were not indicated. This document contains the amended text.]

[Editor's note: Amended reasons were released by the Court on January 21, 2013. The changes were not indicated. This document contains the amended text.]

REASONS FOR ORDER AND ORDER

NOËL J.:--

Introduction

1 This is an application for judicial review of a decision by the Security Intelligence Review Committee ("SIRC" or "Committee"), dated September 8, 2010, under the signature of the member, the Honourable Denis Losier ("the member"). SIRC determined that when it is investigating a complaint against the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS" or "Service"), including the complaint made by Mr. Hani Al Telbani ("Mr. Telbani"), it has jurisdiction to hear arguments and decide questions of law related to the *Charter of Rights and Freedoms* ("the Charter"). The Committee was granted intervener status to discuss jurisdiction. The respondent did not submit a written memorandum. He concurs with the Committee's arguments and decision.

2 For the purposes of gaining a better understanding of these reasons, an outline of the process that was followed to respond to this application is included below:

* 13 complaints referred by the Canadian Human Rights Commission.

88 In addition, we learn from the annual reports that SIRC receives over 30 new complaints per year that require investigating (Intervener's Record, Volume I, Tabs 2C and D at pp. 51 and 64). No breakdown of the types of complaints was given, but in light of the annual reports submitted, it can be safely assumed that the vast majority of these relate to CSIS activities under section 41 of the Act. The O'Connor Report reveals that SIRC devotes 20% of its resources to investigations, of which 5% are devoted to work conducted at hearings (Intervener's Record, Volume I, Tab 2G at p. 222).

89 Turning now to a specific review of the investigative process set out in section 41 of the CSISA, the Intervener's Record provides a glimpse of the kinds of complaints made with regard to CSIS activities that the Committee has had to deal with in the past: alleged intimidation, claims of human rights violations and mistreatment, allegations that CSIS used evidence obtained through torture, allegations of discriminatory practices, harassment and interference by CSIS in the employment selection process, among others. A review of the summaries of these complaints reveals that SIRC, in order to carry out its functions, made use of, among other things and in a non limitative way, the Charter, the *Canadian Human Rights Act*, the CSISA, its regulations and internal policies, including directions from the Minister, the *Privacy Act*, the *Criminal Code* and certain conventions on the use of torture (Intervener's Record, Volume I, Tabs 2B, 2C and 2D). Given this review, it is more than likely that the Attorney General had already been provided with a number of opportunities to raise the issue in this matter, namely, whether the Committee can decide questions of law, including Charter issues, but that he simply chose not to do so until very recently.

90 Investigations pursuant to section 41 of the CSISA may be conducted on behalf of "any person" with respect to complaints about "any act or thing done by the Service." Prior to fully exercising its jurisdiction to investigate complaints, SIRC must first determine whether the Director of CSIS responded to the complaint within a reasonable period of time or whether the complainant was satisfied with the response given (paragraph 41(1)(*a*)).

91 The Committee must then determine whether the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith. This stage is crucial for the complainant, as it directly affects his or her interest in seeing that the complaint is ultimately dealt with (*Mikail, supra*, at paragraphs 32, 37 and 47). To that end, SIRC must be able to rely on the law applicable to such matters. It cannot go against the interest of the complainant without doing so on the basis of legal considerations. A simple finding of fact would not suffice, unless it included a solid legal basis (paragraph 41(1)(*b*)). Furthermore, the Committee must satisfy itself that the complaint does not raise factual issues relating to a labour relations problem (subsection 41(2)). To this end, SIRC must take into consideration not only its enabling statute, but also the *Public Service Labour Relations Act*, SC 2003, c 22.

92 In light of the foregoing, it seems to me that the investigative function of section 41 of the CSISA includes not only a duty to decide questions of fact (in English, SIRC is called upon to

submit a report containing "the findings of the investigation" ("des conclusions" in French) (paragraph 52(1)(*a*))), but also to do so by taking into account the applicable law according to the particular circumstances of the complaint under review. Frankly, it is difficult to see how SIRC would be able to fulfil its mandate without taking existing laws into account. Failing to apply the country's legal values would be tantamount to abdicating its legislative mandate.

93 The same is true when particular attention is given to SIRC's investigative role. The interests of the persons concerned, their rights, and the legislative framework of the complaints process all require the applicable law to be taken into account. Failure to recognize that the legislative mandate carries with it an implied power to decide questions of law would effectively consign SIRC's investigative role to obsolescence. After all, if no questions of law can be decided, what purpose would the complaints process serve? It would make no sense if SIRC was reduced to making findings of fact without being able to measure those findings against a legal backdrop.

94 When Parliament enacted the CSISA, it sought to establish a system of controls that would ensure that CSIS, in exercising its exceptional powers, would do so legally and within the limits of what our laws allow. If we were to make the finding the Attorney General would like us to make, that SIRC cannot decide questions of law when it is conducting an investigation and making findings and recommendations, this would go against Parliament's intention. SIRC's legislative mandate requires that it be able to decide questions of fact and law when conducting investigations.

95 The Attorney General compares SIRC's investigative role to that of a Royal Commission of Inquiry. As an example, he cites the report of the Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almaki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin ("Iacobucci Commission") in which Justice Iacobucci opined that for the purposes of his inquiry, he could not make determinations on Charter issues (Applicant's Record, Volume II, Appendix B, Tab 13, Iacobucci Commission Report at para 29):

> First, I must repeat that the mandate of this Inquiry is limited by its nature. It does not lie within my mandate to draw conclusions about civil, criminal or constitutional responsibility. The standards that I intend to apply are not legal standards; despite the very able submissions concerning these standards offered by many Inquiry participants, I do not intend to make findings about whether torts, or crimes, or breaches of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or other constitutional and international norms might have occurred. Nonetheless, the basic principles that emerge from legal sources including Canadian law, the *Charter* and various international instruments are helpful in informing my determinations as to whether Canadian officials acted properly in the circumstances. [Emphasis added.]

96 In a manner that could not be clearer, Justice Iacobucci stated that the mandate of his inquiry was limited and that the mandate given by the Governor General in Council did not allow him to

unnecessary exercise of powers. [Emphasis added.]

103 I once again note how important it is for the government and the CSISA to render CSIS accountable and to maintain trust between CSIS, Parliament and the public. I also note the role that the government has set out for SIRC and the mandate it is called upon to carry out. Moreover, in its response, the government recognized that CSIS activities are governed by a legislative framework and are to be carried out in accordance with the rule of law, including the Charter.

104 The government emphasized in its response that the Service's activities must be conducted in accordance with the rule of law, including the Charter. This does not appear to me to mean that SIRC must not, in the performance of its duties and functions, apply the Charter and the laws of Canada, quite the opposite. Furthermore, when discussing SIRC's investigative role in its response, the government refers to SIRC as acting in the same manner as a tribunal would (Applicant's Record, Volume II, Tab 21, Government's Response to the Report of the House of Commons' Special Committee at p 75).

105 To conclude this section, I note that CSIS's activities are the subject of both section 40 and section 41 of the CSISA, in which the complaint made must be directed at the activities of the Service. Having defined SIRC's statutory mandate (namely, to ensure that CSIS conducts its activities in accordance with the law, including the Charter, the CSISA and its regulations, all of which is intended to achieve uniformity and consistency in the interpretation of the Act), I believe the legislative requirements with respect to the reviewing functions described at paragraphs 38(1)(*a*) and 38(1)(*b*) and section 40 are the same for the investigative functions described at sections 38, 41, 42 *et seq*. To fulfill its mandate, SIRC must ensure that the activities that are being reviewed or investigated comply with the law. If they do not, it is SIRC's duty to report this, otherwise, it would not be fulfilling its statutory mandate. Given the nature of SIRC's mandate, it therefore has an implied power to decide questions of law, including Charter issues.

(2) SIRC's interaction with other elements of the administrative system is another indication of its implied jurisdiction to determine questions of law.

106 Having identified SIRC's statutory mandate, *Martin*, *supra*, then proposes that we examine SIRC's interaction with other elements of the administrative system. We will begin with a general overview before paying special attention to SIRC's investigative function and its interaction with other statutory elements.

107 A close reading of the CSISA provides an illustration of SIRC's position with respect to national security and its elements. SIRC is a crucial element of the legislative framework. It is, through its reviewing and investigative functions, the external review body that ensures that CSIS operates in accordance with the law, and with the CSISA and its regulations. Consequently, it renders CSIS accountable, and thus ensures Parliamentary and public confidence in CSIS. Upon completing a review, SIRC submits a report to the Minister, the Director of CSIS, to the persons concerned (in investigation report cases), and in certain cases to the CHRC and the Minister of

is no appeals process provided to correct errors in law does not diminish the importance of SIRC's interaction with the persons concerned, the Director of CSIS and the Minister. Investigation reports, including the findings of fact and recommendations contained therein, are of undeniable importance to all of these parties.

119 Therefore, I find that SIRC's interaction with other elements of the administrative system supports the theory that Parliament granted SIRC an implied jurisdiction to determine questions of law, including those based on Charter issues.

(3) SIRC is adjudicative in nature

120 In *Martin*, *supra*, the Court considered the adjudicative nature of the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal and made the following findings (*Martin*, *supra*, at para 53):

> ... the Appeals Tribunal is fully adjudicative in nature. It is independent of the Board and is placed under the supervision of the Minister of Justice, whereas the Board is supervised by the Minister of Labour. The Appeal Tribunal establishes its own rules of procedure (s. 240(1)), can consider all relevant evidence (s. 246(1)) and records any oral evidence, for future reference [page542] (s. 253(1)). Its members have the powers, privileges and immunities of a commissioner appointed under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372 (s. 178(1)), including the power to summon witnesses, compel testimony, require production of documents, and punish persons guilty of contempt; they also have certain powers of entry (s. 180). Although the Appeals Tribunal is normally required to render its decision within 60 days of the hearing, or if there is no hearing, on the day on which all summons have been received (s. 246(3)), it may "at any time, extend any time limit prescribed by this Part or the regulations where, in the opinion of the Appeal Tribunal, an injustice would otherwise result" (s. 240(2)). This extension power allows it to give proper consideration to the more intricate issues raised by a *Charter* appeal, as was done in this case. While only the Chief Appeal Commissioner is required to be a practising lawyer (s. 238(5)), in reality all appeal commissioners have been admitted to the bar. Moreover, this Court has recognized that non-lawyers sitting on specialized tribunals can make important contributions to *Charter* adjudication: *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 16-17. In my view, there is no reason to doubt that the Appeals Tribunal is an adjudicative body fully capable of deciding *Charter* issues, as demonstrated by its competent reasons on the s. 15(1) issue in the case at bar. [Emphasis added.]

121 The Federal Court of Appeal also considered the same factor from *Martin* in *Covarrubias v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2006] FCJ 1682 (*Covarrubias*). It had to determine whether a Pre-Removal Risk Assessment (PRRA) officer had an implied jurisdiction to decide questions of law, including, in particular, an implied jurisdiction to declare

130 I would also note that the Supreme Court, at paragraph 17 in *Cuddy Chicks*, above, appears to support the theory that the fact that recommendations made by SIRC are not binding is not determinative. After all, the Supreme Court stated that a labour relations board treating an impugned statutory provision as invalid is not tantamount to a formal declaration of invalidity, does not constitute a binding legal precedent and is limited in its applicability to the matter in which it arises. Nonetheless, it has jurisdiction to decide questions of law that involve the Charter.

131 I now turn to the Attorney General's argument that the fact that SIRC can exclude either party from a hearing or that it can disclose only part of a report to the complainant on national security grounds is incompatible with the basic rules of a judicial process. Whether under the *Canada Evidence Act* at subsection 38.11(2), the *Immigration and Refugee Protection Act* at paragraph 83(1)(*c*) or the *Access to Information Act*, RSC 1985, c A-1 at subsection 47(1), it is possible, on national security grounds, to hold hearings in which only one of the parties is present. Moreover, the person concerned is not automatically entitled to be provided with the reasons of a judgment in their entirety, again on national security grounds.

132 Parliament allows the Court to act in this way in order to protect national security. It is therefore inaccurate to claim that the way SIRC operates is incompatible with the basic rules of a judicial process. For both SIRC and a court of law, the process to be followed when national security is at stake is to ensure that principles of fundamental justice are respected according to the circumstances of the case, while ensuring that confidential information is not disclosed. Consequently, one of the parties may be excluded from a hearing and the party concerned may receive a report of judgment from which confidential information has been redacted.

133 In conclusion, my review of SIRC's investigative attributes has led me to find that they are considerable and are not dissimilar to those of a court of law. I see in them significant features that point to similarities between SIRC and an adjudicative body. Accordingly, the factor used in *Martin*, *supra*, weighs in favour of recognizing that SIRC has an implied jurisdiction to decide questions of law in exercising its duty of investigating complaints about CSIS activities. As the Supreme Court teaches us in *Martin*, this factor, while not in itself determinative, is important to keep in mind when considering implied jurisdiction.

(4) Some practical considerations to discuss

134 The Supreme Court stated that this factor is also not determinative and that it can never supplant the intention of the legislature (see *Martin*, *supra*, at para 56).

135 As has been demonstrated in this analysis, SIRC's mandate requires that it be able to decide questions of law in order to carry out its mandate in a satisfactory manner. Second, SIRC's interaction with other elements of the national security system in general and its investigative function are also indicative of the need for it to have the authority to decide questions of law in order to fully accomplish its statutory duties. Third, the particular features of SIRC's investigative function make it an adjudicative body having the power to make recommendations. The ensuing

having in evidence SIRC's report, if admissible, could better determine the remedies to be granted following a determination that there was an infringement of Charter rights? It seems to me that, taking into account the entire issue created by protecting national security, for the complainant as well as CSIS, it would be a more appropriate solution and that the parties' interests would be better served.

146 These practical considerations are not determinative in and of themselves, but they help to better understand the situation. However, as mentioned in *Conway*, *supra*, at paragraph 79, duplicity of proceedings is to be avoided as much as possible. In this case, duplicity is inevitable given the constraints imposed by national security, but a single proceeding instituted in a court of law would not give the complainant ample opportunity to submit all of the evidence needed for a judgment. In addition, the proceeding would also include, for reasons of national security, recourse to a procedure under section 38 of the *Canada Evidence Act*. In contrast, SIRC holds, protects and controls in a certain manner national security-related information. Only SIRC, in the course of its investigations, can have all the evidence necessary to decide questions of fact and of law including those related to the Charter. Having taken into account all of these practical considerations and although there is no miracle solution, I conclude that the advantages of SIRC's investigation procedure favour such a system and, consequently, favour an implied jurisdiction to decide questions of law.

147 Having reviewed all of the factors in *Martin*, *supra*, I find that SIRC, in the course of its investigations, has the implied jurisdiction to decide questions of law including those related to the Charter.

B. *Parliament did not exclude the Charter from SIRC's jurisdiction*

148 The Charter has been in force since April 17, 1982, while the CSISA came into effect just over two years later, namely, on July 16, 1984. It does not appear anywhere in the legislation that Parliament intended to exclude the application of the Charter from the functions of SIRC, including that of investigation. If such was its intention, Parliament could have certainly done so while the adoption of the Charter was still fresh in its memory.

149 Let us recall the government's response to the report of the House of Commons' Special Committee, *supra*, at page 71, where the government stated categorically that "... [CSIS's] activities are sanctioned by law and are to be conducted in accordance with the rule of law, including the Charter." Having to investigate CSIS's activities through its functions of review, examination and investigation, SIRC must ensure uniformity in the application of the law including the Charter.

150 Let us pass to the next step, as suggested in *Conway*, *supra*, at paragraph 82, and examine whether SIRC may grant the particular remedy sought by the complainant.

C. *SIRC has jurisdiction to grant the particular remedy sought under the CSISA*

was added to a Specified Persons List because of a report issued by CSIS. Without commenting on their truthfulness, these allegations recall other complaints filed against the Service and that the Committee has had to deal with in the past: alleged intimidation, claims of human rights violations and mistreatment, allegations of discriminatory practices, harassment and interference in the employment selection process and many others (Intervener's Record, Volume I, Tabs 2B, 2C and 2D).

158 In the cases where these allegations are shown to be true, they must definitely be addressed and it is highly probable that remedies deserve to be granted. However, these remedies do not necessarily have to take the form of monetary relief. In many cases, it may be that findings of fact accompanied by an apology are sufficient, or that a practice or policy at the source of the criticized act be modified, or further that the Service rectify an error for which it is responsible (e.g. by taking action to remove a name on the Specified Persons List). It is not always necessary for a person to commence proceedings in court to be heard and to obtain a remedy.

159 Parliament created SIRC to be an accessible mechanism: "Any person may make a complaint ... with respect to any act or thing done by the Service" (CSISA at subsection 41(1)). Having full access to all information relevant to the complaint and clear regulations and procedures already in place that allow it to proceed without delay, SIRC was also created to be an effective and rapid investigation mechanism and, therefore, inherently less costly for the individual and CSIS. As well, SIRC has the power to produce a report with findings and recommendations that make the non-monetary relief identified above possible. However, Parliament has also provided some balance since the Committee may not intrude into the management of the Service or unduly interfere in the protection of national security. Notwithstanding that limitation to the possible remedies, the 711 complaints filed against the activities of the Service over approximately 10 years show how this mechanism has been useful to these complainants, not to mention the need of a mechanism to address the allegations in these complaints. However, to now find that SIRC is not a court of competent jurisdiction to investigate allegations that the constitutional rights of a complainant were violated would significantly limit this mechanism, despite all the above-noted observations and benefits, and would require complainants to proceed to court where the resolution of the complaint is uncertain.

160 CSIS asked the question: is SIRC a court of competent jurisdiction to investigate allegations that the constitutional rights of a complainant were violated? As confirmed by this Court's analysis in accordance with the analytical approach established by the Supreme Court, the answer to this question is the following:

* The CSISA does not grant SIRC explicit jurisdiction to decide questions of law;
* In determining whether legislation grants implied jurisdiction to decide questions of law, the analysis shows the following:

* that the statutory mandate given to SIRC supports the argument of implied jurisdiction;
* that SIRC's interaction with all the components of the national security system adds to the argument of implied jurisdiction;
* that SIRC is an adjudicative body that has the attributes to decide questions of law;
* that practical considerations as a whole weigh in favour of SIRC when it conducts investigations.

* Consequently, to carry out its mandate in fulfilling its investigative function, SIRC must decide questions of law;
* Having noted this implied jurisdiction to decide questions of law, the CSISA does not exclude Charter questions from this jurisdiction;
* Bearing in mind the Act and the specific remedy sought, SIRC may grant them under the CSISA.

A. *Costs*

161 In accordance with the order of Prothonotary Aronovitch dated February 8, 2011, the respondent may not claim costs. This will be done.

ORDER

The application for judicial review of the decision of the Security Intelligence Review Committee dated September 8, 2010, is dismissed without costs.

Certified true translation: Sebastian Desbarats, Translator

TAB

7

Case Name:

Dixon v. Powell River (City)

Between
John Dixon and British Columbia Civil Liberties Association, Plaintiffs, and
The Corporation of the City of Powell River, Defendant

[2009] B.C.J. No. 588

2009 BCSC 406

310 D.L.R. (4th) 176

[2009] 9 W.W.R. 678

94 B.C.L.R. (4th) 106

58 M.P.L.R. (4th) 175

194 C.R.R. (2d) 134

2009 CarswellBC 762

176 A.C.W.S. (3d) 538

Docket: S082905

Registry: Vancouver

British Columbia Supreme Court
Vancouver, British Columbia

N.J. Garson J.

Heard: January 5 and February 12, 2009.
Judgment: March 26, 2009.

(55 paras.)

Civil litigation -- Civil procedure -- Constitutional issues -- Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Application by plaintiffs for an order that the City did not have legal authority to institute civil proceedings for defamation of its reputation as a municipal government allowed -- Plaintiffs were threatened following public criticism of City's plan for development project -- Governments could not sue for defamation for damage to their governing reputations -- The Charter enshrined value of freedom of expression was paramount.

Application by the plaintiffs for an order that the City of Powell River did not have the legal authority to institute civil proceedings or threaten to do so, for defamation of its reputation as a municipal government. The plaintiffs had been threatened following their public criticism of the City's plan to seek approval for funding for a development project. The application was unopposed.

HELD: Application allowed. Governments could not sue for defamation for damage to their governing reputations. The Charter enshrined value of freedom of expression was paramount. It was antithetical to the notion of freedom of speech and a citizen's rights to criticize his or her government concerning its governing functions, that such criticism should be chilled by the threat of a suit in defamation.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

B.C. Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 18A

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, R.S.C. 1985, App. II, No. 44, Schedule B, s. 2, s. 24(1)

Community Charter, SBC 2003, CHAPTER 26, s. 86

Constitutional Question Act, RSBC 1996, CHAPTER 68,

Local Government Act, RSBC 1996, CHAPTER 323,

Counsel:

Counsel for the Plaintiffs: R.D. Holmes.

Counsel for the Ministry of Attorney General of British Columbia: R. Butler.

No one appearing on behalf of The Corporation of the City of Powell River.

Reasons for Judgment

N.J. GARSON J.:--

INTRODUCTION

1 The plaintiffs seek a declaratory order that the City of Powell River does not have the legal authority to institute civil proceedings or threaten to do so, for defamation of its reputation as a municipal government. Further, the plaintiffs seek an order that the defendant be restrained from making threats to commence defamation actions against individuals who have published letters critical of the defendant's conduct.

2 This application is unopposed by the defendant. The Attorney General of British Columbia appears in response to service on it of a notice pursuant to the ***Constitutional Question Act***, R.S.B.C. 1996, c. 68.

3 The application is brought as a summary trial pursuant to R. 18A of the ***Supreme Court Rules***, B.C. Reg. 221/90.

BACKGROUND FACTS

4 The plaintiff, John Dixon, owns real property in the City of Powell River. He is an elector in the City of Powell River. He is also the secretary of the British Columbia Civil Liberties Association.

5 The British Columbia Civil Liberties Association is a not-for-profit society incorporated in British Columbia. It has a special interest in, and is dedicated to, the protection and preservation of civil liberties in Canada, including rights of free expression.

6 The Corporation of the City of Powell River is a body corporate of residents of Powell River under the provisions of the ***Community Charter***, S.B.C. 2003, c. 26, as amended, and the ***Local Government Act***, R.S.B.C. 1996, c. 323.

7 The controversy that forms the background to this matter was a proposal by the City of Powell River to seek approval for funding in the amount of $6.5 million for what was known as the North Harbour Project. Pursuant to s. 86 of the ***Community Charter***, the city council chose to use what has been called the "alternative elector approval process".

8 As noted in the statement of claim, the steps taken by the City of Powell River in relation to the North Harbour Project led to public discussion as to the merits of the proposed local improvement, the method of obtaining the approval of the community, and the management of the affairs and finances of the City of Powell River by the mayor and council.

9 Certain members of the community of Powell River expressed views in opposition to the steps being taken by the City of Powell River. One of those individuals was Mr. Noel Hopkins. He published a letter in an online community newspaper known as *Peak Online*, on February 14, 2008.

by some media. Cusson sued the newspaper in libel.

42 The issue before the Ontario Court of Appeal concerned the question of qualified privilege and, in resolving that issue, it was necessary for the Court to grapple with the question of whether the law of defamation should be developed in a manner consistent with the ***Charter*** or whether the Courts were bound by pre-***Charter*** common law defamation judgments. Sharpe J.A. held at para. 130 that the law of defamation was not "... frozen ... in a permanent state of hostility to any and all change. ..." and at para. 133, he stated:

> Our task, it seems to me, is to interpret and apply the earlier decisions in light of the *Charter* values at issue and in light of the evolving body of jurisprudence that is plainly moving steadily towards broadening common law defamation defences to give appropriate weight to the public interest in the free flow of information.

43 Is ***Prince George*** binding and therefore determinative of the issue in this case?

44 In the seminal case on *stare decisis*, ***Re Hansard Spruce Mills Ltd.***, [1954] 4 D.L.R. 590, 13 W.W.R. 285, Wilson J. described the circumstances in which a trial judge may depart from what would otherwise be binding authority as follows at para. 4:

> Therefore, to epitomize what I have already written in the *Cairney* case, I say this: I will only go against a judgment of another judge of this Court if:
>
> (a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;
> (b) It is demonstrated that some binding authority in case law, or some relevant statute was not considered;
> (c) The judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar to all trial judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

45 In this case I conclude that I am not bound to follow the judgment in ***Prince George*** because a relevant statute, the ***Canadian Charter of Rights and Freedoms***, came into force after the judgment in that case and the arguments concerning freedom of speech obviously did not consider that law. Given the authorities I have cited, I conclude that the rejection of the right to free speech argument by the Court in ***Prince George*** is inconsistent with the current law enshrined in the ***Charter*** and therefore, as per ***Spruce Mills*** it follows that I do not consider ***Prince George*** to be binding on me.

46 It seems clear to me on the basis of ***Hill***, that common law causes of action must be applied in a manner that is consistent with the ***Charter***. It is evident that the law of defamation and the constitutional law of freedom of speech ought not to develop in two separate streams incorporating different values. Rather, the two should accommodate each other. In this case, I agree with the judgments in the ***Halton Hills*** and ***Montague*** cases in which the justices decided that governments

cannot sue for defamation for damage to their governing reputations. The ***Charter*** enshrined value of freedom of expression is paramount and local governments have resort to other means to protect their reputations from citizens who publish critical commentary about the government itself. In ***Prince George***, Aikins J.A. considered and rejected the freedom of speech argument advanced by the plaintiffs, and held that a local government could sue for defamation on the same basis as any corporation. That reasoning cannot withstand ***Charter*** scrutiny. As Sharpe J.A. said in ***Cusson*** at para. 125:

> It is hardly necessary to repeat here the importance of the rights protected by s. 2(b) of the *Charter*, namely "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication". These rights are an inherent aspect of our system of government and have been generously interpreted by the courts. Democracy depends upon the free and open debate of public issues and the freedom to criticize the rich, the powerful and those, such as police officers, who exercise power and authority in our society. Freedom of expression extends beyond political debate to embrace the "core values" of "self-fulfilment", "the communal exchange of ideas", "human dignity and the right to think and reflect freely on one's circumstances and condition": *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*, [2002] 1 S.C.R. 156 at para. 32. Debate on matters of public interest will often be heated and criticism will often carry a sting and yet open discussion is the lifeblood of our democracy. This court recognized in *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 at 462 that "[i]f these exchanges are stifled, democratic government itself is threatened."

47 The passage just quoted is equally applicable to this case. It is antithetical to the notion of freedom of speech and a citizen's rights to criticize his or her government concerning its governing functions, that such criticism should be chilled by the threat of a suit in defamation.

48 I now return to the question of whether to grant relief under s. 24. I am satisfied that Mr. Dixon's right to receive communications concerning his local government were infringed by the defamation threat letters. That threat has not been withdrawn in a manner that removes the chilling effect it had on the electorates' freedom of speech.

49 I would therefore grant the declaratory relief sought by the plaintiff Dixon in the terms set out above. The precise terms of the order sought, are as follows:

> The defendant City of Powell River lacks any legal basis or right to bring civil proceedings for defamation of its governing reputation, or bring other proceedings of similar purpose or effect, or to threaten to do so, including in the manner contained in the three letters dated March 6, 2008, sent by the solicitors of the defendant, City of Powell River, to Patricia Aldworth, Winslow Brown and Noel Hopkins, described in the Amended Statement of Claim herein as the

TAB

8

Peter Grant and Grant Forest Products Inc. *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich and Mary Deanne Shears *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Ottawa Citizen, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association and Danno Cusson *Interveners*

Peter Grant et Grant Forest Products Inc. *Appelants/Intimés à l'appel incident*

c.

Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich et Mary Deanne Shears *Intimés/Appelants à l'appel incident*

et

Ottawa Citizen, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles et Danno Cusson *Intervenants*

INDEXED AS: GRANT *v.* TORSTAR CORP.

Neutral citation: 2009 SCC 61.

File No.: 32932.

2009: April 23; 2009: December 22.

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

RÉPERTORIÉ : GRANT *c.* TORSTAR CORP.

Référence neutre : 2009 CSC 61.

N° du greffe : 32932.

2009 : 23 avril; 2009 : 22 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether traditional defences for defamatory statements of fact are inconsistent with values underlying freedom of expression — Whether law of defamation

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

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires sont-ils incompatibles

2009 SCC 61 (CanLII)

AGC0619

should be modified to recognize defence of responsible communication on matters of public interest.

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Elements of defence — Respective roles of judge and jury.

Torts — Defamation — Defences — Fair comment — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether trial judge erred in his charge to jury on fair comment.

G and his company brought a libel action against a newspaper and reporter after an article was published concerning a proposed private golf course development on G's lakefront estate. The story aired the views of local residents who were critical of the development's environmental impact and suspicious that G was exercising political influence behind the scenes to secure government approval for the new golf course. The article quoted a neighbour who said that "[e]veryone thinks it's a done deal" because of G's influence. The reporter, an experienced journalist, attempted to verify the allegations in the article, including asking G for comment, which G chose not to provide. At trial, without rejecting the possibility of an expanded qualified privilege defence based on a concept of public interest responsible journalism, the trial judge ruled that the defence would not apply in these circumstances and the case went to the jury essentially on the defences of truth and fair comment. The jury rejected these defences and awarded the plaintiffs general, aggravated and punitive damages. The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in failing to leave the new responsible journalism defence with the jury. It also concluded that the jury instructions were flawed, and ordered a new trial. G and his company appealed to reinstate the jury verdict. The newspaper defendants cross-appealed, asking the Court to apply the new defence in this case, and dismiss the action. In the alternative, they asked the Court to dismiss the action on the basis of fair comment.

Held: The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression? — Convient-il de modifier le droit en matière de diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public?

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Éléments de la défense — Rôles respectifs du juge et du jury.

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Commentaire loyal — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Le juge du procès a-t-il bien instruit le jury au sujet de la défense de commentaire loyal?

G et sa société ont intenté une action en diffamation contre un quotidien et un journaliste par suite de la parution d'un article traitant du projet d'aménagement d'un golf privé sur le terrain de G situé en bordure d'un lac. L'article présentait la position de résidents du secteur qui critiquaient les incidences environnementales du projet et qui soupçonnaient G d'avoir exercé des pressions politiques en coulisse pour obtenir l'approbation du gouvernement relativement au projet de construction du nouveau terrain de golf. L'article citait les propos d'une voisine qui avait dit : « Tout le monde pense que c'est un fait accompli » en raison de l'influence qu'exerce G. L'auteur de l'article, un journaliste expérimenté, a tenté de vérifier les allégations rapportées dans l'article et a notamment invité G à lui faire des commentaires, invitation qui a été déclinée. Au procès, sans écarter la possibilité d'appliquer une défense d'immunité relative élargie, fondée sur la notion de journalisme responsable concernant des questions d'intérêt public, le juge a déclaré que ce moyen de défense ne pourrait être retenu dans les circonstances, et les questions soumises au jury portaient essentiellement sur la défense de véracité et sur celle de commentaire loyal. Le jury les a toutes deux rejetées, et il a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait omis à tort de présenter la nouvelle défense de journalisme responsable au jury. Estimant en outre que les directives données au jury étaient viciées, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès. G et sa société ont interjeté appel pour faire rétablir le verdict du jury. Les défendeurs ont formé un pourvoi incident, demandant à notre Cour d'appliquer le nouveau moyen de défense en l'espèce et de rejeter l'action. Subsidiairement, ils ont prié la Cour de rejeter l'action sur le fondement du commentaire loyal.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The law of defamation should be modified to provide greater protection for communications on matters of public interest. The current law with respect to statements that are reliable and important to public debate does not give adequate weight to the constitutional value of free expression. The first two rationales for the freedom of expression guarantee in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the proper functioning of democratic governance and getting at the truth — squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. Freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged and the vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(*b*) itself. While the law must protect reputation, the current level of protection — in effect a regime of strict liability — is not justifiable. The law of defamation accords no protection for statements on matters of public interest published to the world at large if they cannot be proven to be true. To insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect not only of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate, but also of inhibiting political discourse and debate on matters of public importance, and impeding the cut and thrust of discussion necessary to discovery of the truth. Although the right to free expression does not confer a licence to ruin reputation, when proper weight is given to the constitutional value of free expression on matters of public interest, the balance tips in favour of broadening the defences available to those who communicate facts it is in the public's interest to know. A consideration of the jurisprudence of other common law democracies also favours replacing the current Canadian law with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation. A defence that would allow publishers to escape liability if they can establish that they acted responsibly in attempting to verify the information on a matter of public interest represents a reasonable and proportionate response to the need to protect reputation while sustaining the public exchange of information that is vital to modern Canadian society. The law of defamation should therefore be modified to recognize a defence of responsible communication on matters of public interest. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Il convient de modifier les règles relatives à la diffamation de façon à accorder une plus grande protection aux communications concernant des questions d'intérêt public. Les règles de droit actuelles en ce qui a trait aux énoncés fiables et importants pour le débat public n'accordent pas un poids suffisant à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression. Les deux premières raisons d'être de la protection de la liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — la saine gouvernance en démocratie et la recherche de la vérité — sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d'intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. Il y a lieu d'encourager un débat ouvert sur les questions d'intérêt public et le libellé de l'al. 2*b*) lui-même reconnaît l'importance cruciale des médias pour la tenue d'un tel débat. Bien que la réputation doive recevoir une protection juridique, celle dont elle jouit actuellement — qui constitue en fait un régime de responsabilité stricte — n'est pas justifiable. Le droit en matière de diffamation n'accorde aucune protection aux énoncés portant sur des questions d'intérêt public publiés sans destinataire précis s'il est impossible d'en prouver la véracité. Exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir non seulement à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public, mais aussi à entraver le discours et le débat politiques sur des questions importantes pour le public et à empêcher les attaques et ripostes inhérentes aux discussions nécessaires à la découverte de la vérité. Certes, la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations, mais l'attribution du poids qui lui revient à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression relativement à des questions d'intérêt public fait pencher la balance pour l'élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent ceux qui communiquent des faits que le public a intérêt à connaître. L'examen de la jurisprudence d'autres pays démocratiques de common law favorise également le remplacement des règles appliquées actuellement au Canada par une règle qui donne plus de portée à la liberté d'expression tout en protégeant adéquatement la réputation. Un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s'exonérer en établissant qu'ils ont agi de façon responsable en s'efforçant de vérifier l'information communiquée au sujet d'une question d'intérêt public constitue une réponse raisonnable et proportionnelle à la nécessité de protéger les réputations tout en permettant l'échange public d'information fondamental pour la société canadienne moderne. Il convient donc de modifier les règles relatives à la diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

2009 SCC 61 (CanLII)

AGC0619

The proposed change to the law should be viewed as a new defence, leaving the traditional defence of qualified privilege intact. To be protected by the defence of responsible communication, first, the publication must be on a matter of public interest. Second, the defendant must show that publication was responsible, in that he or she was diligent in trying to verify the allegation(s), having regard to all the relevant circumstances. [95] [98-99]

In determining whether a publication is on a matter of public interest, the judge must consider the subject matter of the publication as a whole. The defamatory statement should not be scrutinized in isolation. To be of public interest, the subject matter must be shown to be one inviting public attention, or about which the public, or a segment of the public, has some substantial concern because it affects the welfare of citizens, or one to which considerable public notoriety or controversy has attached. Public interest is not confined to publications on government and political matters, nor is it necessary that the plaintiff be a "public figure". [101] [105-106]

The judge determines whether the impugned statement relates to a matter of public interest. If public interest is shown, the jury decides whether on the evidence the defence of responsible communication is established. The following factors may aid in determining whether a defamatory communication on a matter of public interest was responsibly made: (a) the seriousness of the allegation; (b) the public importance of the matter; (c) the urgency of the matter; (d) the status and reliability of the source; (e) whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported; (f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable; (g) whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth ("reportage"); and (h) any other relevant circumstances. [110] [126] [128]

While the "repetition rule" holds that repeating a libel has the same legal consequences as originating it, under the reportage exception, the repetition rule does not apply to fairly reported statements whose public interest lies in the fact that they were made rather than in their truth or falsity. If a dispute is itself a matter of public interest and the allegations are fairly reported, the report will be found to be responsible even if some of the statements made may be defamatory and untrue, provided: (1) the report attributes the statement to a person, preferably identified, thereby avoiding total

Le changement proposé au droit crée un nouveau moyen de défense et laisse intacte celui classique d'immunité relative. Pour que la défense de communication responsable s'applique, premièrement, la communication doit concerner une question d'intérêt public; deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu'il s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes. [95] [98-99]

Pour décider si elle concerne une question d'intérêt public, le juge doit tenir compte de l'ensemble du contenu d'une communication. Il ne doit pas examiner l'énoncé diffamatoire isolément. Pour être d'intérêt public, une question doit être soit de celles qui éveillent l'attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public, ou une partie de la population, parce qu'elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d'une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante. L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques; il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public ». [101] [105-106]

Le juge décide si l'énoncé en cause concerne une question d'intérêt public. Si l'intérêt public est établi, le jury tranche la question de savoir si, compte tenu de la preuve, le moyen de défense de communication responsable est établi. Les facteurs suivants peuvent aider à déterminer si une communication diffamatoire concernant une question d'intérêt public a été faite de façon responsable : a) la gravité de l'allégation; b) l'importance de la question pour le public; c) l'urgence de la question; d) la nature et la fiabilité des sources; e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur; f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable; g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »); et h) toute autre considération pertinente. [110] [126] [128]

Bien que, selon la « règle de la répétition », la réitération d'un libelle entraîne les mêmes conséquences juridiques que le libelle lui-même, suivant l'exception de la relation de propos, la règle de la répétition ne s'applique pas aux propos fidèlement rapportés, dont l'intérêt public réside dans le fait même qu'ils ont été tenus plutôt que dans leur fausseté ou leur véracité. Si un conflit est en soi une question d'intérêt public et que les allégations sont fidèlement rapportées, la relation de propos sera jugée responsable même si certaines des déclarations peuvent être diffamatoires et erronées,

unaccountability; (2) the report indicates, expressly or implicitly, that its truth has not been verified; (3) the report sets out both sides of the dispute fairly; and (4) the report provides the context in which the statements were made. [119-120]

The evidence in this case revealed a basis for three defences: justification, fair comment, and responsible communication on a matter of public interest. All three defences should have been left to the jury. It was open to the jury to consider the statement attributed to a neighbour that "[e]veryone thinks it's a done deal" as a comment, or statement of opinion. This would raise the defence of fair comment. While the defence was left to the jurors, the trial judge failed to instruct them that since the reporter was the conduit for the comment and not its maker, the fact that he did not honestly believe it could not be used as a foundation for finding malice unless in the context of the article, he had adopted the comment as his own. Additionally, the "fair-minded" component of the traditional test should not form part of a charge on fair comment. These problems in the trial judge's charge could have led the jury to wrongly conclude that the fair comment defence had been defeated by malice. It was also open to the jury to consider the critical "done deal" remark as a statement of fact. Read literally, this statement can be taken as an assertion that government approval for the development was actually already sealed, either formally behind closed doors or by tacit understanding. This raises the defence of responsible communication on a matter of public interest. The trial judge did not leave this defence or any similar defence to the jury. Taken together, the errors set out amount to a substantial wrong or miscarriage of justice and require a new trial pursuant to s. 134(6) of the Ontario *Courts of Justice Act*. [136-140]

Per Abella J.: The majority's reasons for adding the "responsible communication" defence to Canadian defamation law were agreed with, as was their view that determining the availability of this defence entails a two-step analysis. However, the jury should not decide the second step. Deciding whether the applicable standard of responsibility has been met in a given case is, like the public interest analysis in the first step, a matter for the judge to determine. The responsible communication

à condition que : (1) la relation de propos attribue les dires à quelqu'un, préférablement identifié, pour éviter que personne n'assume de responsabilité; (2) la relation de propos indique, expressément ou implicitement, que la véracité des dires n'a pas été vérifiée; (3) la relation de propos expose équitablement les deux versions des faits; et (4) la relation de propos situe les dires dans leur contexte. [119-120]

La preuve en l'espèce permettait de fonder trois moyens de défense : la justification, le commentaire loyal et la communication responsable concernant une question d'intérêt public. C'est le jury qui aurait dû se prononcer sur ces trois moyens. Le jury pouvait considérer la déclaration attribuée à une voisine selon laquelle « [t]out le monde pense que c'est un fait accompli » — comme un commentaire ou comme un énoncé d'opinion, ce qui permettait d'invoquer la défense de commentaire loyal. La défense de commentaire loyal a été soumise au jury. Or, le juge de première instance a omis d'indiquer aux jurés que le journaliste ayant rapporté et non formulé le commentaire, l'absence de croyance honnête ne pouvait servir de fondement à la conclusion qu'il y avait eu malveillance à moins que, dans le contexte de l'article, il ait fait sien le commentaire. En outre, l'exposé du juge concernant le commentaire loyal ne devrait pas aborder le volet relatif à l'« esprit juste » du test traditionnel. Il est possible que ces failles relevées dans l'exposé du juge au jury aient amené ce dernier à conclure à tort que la malveillance faisait échec à la défense de commentaire loyal. Les jurés pouvaient aussi considérer la remarque cruciale concernant le « fait accompli » comme un énoncé de fait. Prise littéralement, en effet, elle peut être perçue comme l'affirmation que l'approbation gouvernementale était déjà chose faite, soit officiellement derrière des portes closes soit par accord tacite. Cela permettait d'invoquer la défense de communication responsable concernant une question d'intérêt public, mais le juge du procès n'a soumis au jury ni ce moyen de défense ni aucun autre moyen apparenté. Considérées ensemble, les erreurs recensées constituent un préjudice grave ou une erreur judiciaire fondamentale et imposent la tenue d'un nouveau procès en vertu du par. 134(6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario. [136-140]

La juge Abella : Les motifs des juges majoritaires justifiant d'ajouter la défense de « communication responsable » au droit canadien en matière de diffamation, ainsi que leur opinion selon laquelle il faut, pour juger de l'applicabilité de ce moyen de défense, procéder à une analyse en deux volets ne sont pas contestés. Cependant, le deuxième volet ne devrait pas être tranché par le jury. La décision quant à l'atteinte de la norme prescrite de responsabilité dans un cas donné,

2009 SCC 61 (CanLII)

AGC0619

analysis requires that the defendant's interest in freely disseminating information and the public's interest in the free flow of information be weighed against the plaintiff's interest in protecting his or her reputation. This exercise involves balancing freedom of expression, freedom of the press, the protection of reputation, privacy concerns, and the public interest. Weighing these often competing interests is a legal determination, thereby taking the defence beyond the jury's jurisdiction except for disputed facts, and squarely into judicial territory. [142-143] [145]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Cusson v. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, rev'd 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood v. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Banks v. Globe and Mail Ltd.*, [1961] S.C.R. 474; *Jones v. Bennett*, [1969] S.C.R. 277; *Parlett v. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier v. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, aff'd (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, aff'd (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Ballina Shire Council v. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange v. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange v. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. v. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1

comme celui de l'analyse de l'intérêt public dans le premier volet, en fait une question qui doit être tranchée par le juge. L'analyse de la communication responsable exige que l'intérêt du défendeur de diffuser librement l'information et l'intérêt du public à ce que l'information circule librement soient mis en balance avec l'intérêt qu'a le demandeur à ce que sa réputation soit protégée. L'exercice suppose de mettre en balance la liberté d'expression, la liberté de la presse, la protection de la réputation, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée et l'intérêt public. Mettre ces intérêts souvent opposés en balance consiste à tirer une conclusion de droit, ce qui fait du moyen de défense une question qui outrepasse la compétence du jury, confinée à celle de trancher les questions de fait, et qui la situe clairement dans le domaine qui relève du juge. [142-143] [145]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, inf. par 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood c. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Banks c. Globe and Mail Ltd.*, [1961] R.C.S. 474; *Jones c. Bennett*, [1969] R.C.S. 277; *Parlett c. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier c. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, conf. par (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, conf. par (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Ballina Shire Council c. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange c. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange c. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis c. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel c. Wall Street Journal Europe*

2009 SCC 61 (CanLII)

AGC0619

A.C. 359, rev'g [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga v. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman v. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. v. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo v. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. v. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson v. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller v. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway v. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); *"Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern v. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts v. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick v. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott v. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

By Abella J.

Referred to: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 108, 134(6).
Jury Act, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 17(1).
Libel Act, 1792 (U.K.), 32 Geo. 3, c. 60.
Libel and Slander Act, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 14.
Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 1(1).
Privacy Act, R.S.M. 1987, c. P125, s. 2(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 3.
Privacy Act, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

Authors Cited

Anderson, David A. "Is Libel Law Worth Reforming?" (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

SPRL, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, inf. [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga c. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman c. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. c. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo c. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. c. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson c. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller c. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway c. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); *« Truth » (N.Z.) Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern c. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts c. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick c. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott c. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Australian Broadcasting Corp. c. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Jury Act, R.S.A. 2000, ch. J-3, art. 17(1).
Libel Act, 1792 (R.-U.), 32 Geo. 3, ch. 60.
Loi sur la diffamation, L.R.O. 1990, ch. L.12, art. 14.
Loi sur la protection de la vie privée, L.R.M. 1987, ch. P125, art. 2(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108, 134(6).
Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 373, art. 1(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 3.
Privacy Act, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

Doctrine citée

Anderson, David A. « Is Libel Law Worth Reforming? » (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

2009 SCC 61 (CanLII)

AGC0619

Beattie, Kate. "New Life for the *Reynolds* 'Public Interest Defence'? *Jameel v Wall Street Journal Europe*", [2007] *E.H.R.L.R.* 81.

Boivin, Denis W. "Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation" (1997), 22 *Queen's L.J.* 229.

Bonnington, Alistair J. "Reynolds Rides Again" (2006), 11 *Comms. L.* 147.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).

Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Hooper, David. "The Importance of the Jameel Case", [2007] *Ent. L.R.* 62.

Kenyon, Andrew T. "*Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice" (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.

New South Wales. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online: http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3).

Smolla, Rodney A. "Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms*", in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.

Weaver, Russell L., et al. "Defamation Law and Free Speech: *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media" (2004), 37 *Vand. J. Transnat'l L.* 1255.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Feldman and Simmons JJ.A.), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, setting aside a decision of Rivard J. and a jury award and ordering a new trial. Appeal and cross-appeal dismissed.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley and *Dawn K. Robertson*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Paul B. Schabas, Erin Hoult and *Iris Fischer*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Richard G. Dearden and *Wendy J. Wagner*, for the intervener the Ottawa Citizen.

Beattie, Kate. « New Life for the *Reynolds* "Public Interest Defence"? *Jameel v Wall Street Journal Europe* », [2007] *E.H.R.L.R.* 81.

Boivin, Denis W. « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997), 22 *Queen's L.J.* 229.

Bonnington, Alistair J. « Reynolds Rides Again » (2006), 11 *Comms. L.* 147.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).

Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2008.

Hooper, David. « The Importance of the Jameel Case », [2007] *Ent. L.R.* 62.

Kenyon, Andrew T. « *Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege : Australian and English Defamation Law and Practice » (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.

Nouvelle-Galles du Sud. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online : http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3).

Smolla, Rodney A. « Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms* », in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.

Weaver, Russell L., et al. « Defamation Law and Free Speech : *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media » (2004), 37 *Vand. J. Transnat'l L.* 1255.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Feldman et Simmons), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, qui a annulé une décision du juge Rivard et l'octroi de dommages-intérêts par le jury et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley et *Dawn K. Robertson*, pour les appelants/intimés à l'appel incident.

Paul B. Schabas, Erin Hoult et *Iris Fischer*, pour les intimés/appelants à l'appel incident.

Richard G. Dearden et *Wendy J. Wagner*, pour l'intervenant Ottawa Citizen.

Brian MacLeod Rogers and *Blair Mackenzie*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada.

Daniel J. Henry, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Patricia D. S. Jackson, *Andrew E. Bernstein* and *Jennifer A. Conroy*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ronald F. Caza and *Jeff G. Saikaley*, for the intervener Danno Cusson.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Freedom of expression is guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is essential to the functioning of our democracy, to seeking the truth in diverse fields of inquiry, and to our capacity for self-expression and individual realization.

[2] But freedom of expression is not absolute. One limitation on free expression is the law of defamation, which protects a person's reputation from unjustified assault. The law of defamation does not forbid people from expressing themselves. It merely provides that if a person defames another, that person may be required to pay damages to the other for the harm caused to the other's reputation. However, if the defences available to a publisher are too narrowly defined, the result may be "libel chill", undermining freedom of expression and of the press.

Brian MacLeod Rogers et *Blair Mackenzie*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada.

Daniel J. Henry, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Patricia D. S. Jackson, *Andrew E. Bernstein* et *Jennifer A. Conroy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ronald F. Caza et *Jeff G. Saikaley*, pour l'intervenant Danno Cusson.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La liberté d'expression est garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle est essentielle au fonctionnement de notre démocratie, à la recherche de la vérité dans divers domaines d'enquête et à la capacité de chacun de s'exprimer et de s'épanouir.

[2] La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Elle est limitée notamment par le droit en matière de diffamation, qui protège la réputation personnelle contre les attaques injustifiées. Les règles relatives à la diffamation n'interdisent pas aux gens de s'exprimer. Elles posent simplement que quiconque porte atteinte à la réputation d'autrui pourra être tenu de réparer le tort causé. Cependant, si les moyens de défense à la disposition des diffuseurs sont définis trop étroitement, une « crainte paralysante du libelle » préjudiciable à la liberté d'expression et à la liberté de la presse pourrait en résulter.

AGC0619

[45] The argument that the *Charter* requires modification of Canadian defamation law was considered in *Hill*. Writing for a unanimous Court on this point, Cory J. declined to adopt the American "actual malice" rule from *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), which provides immunity for defamation of public officials except where malice is shown. Cory J. did, however, undertake a modest expansion of the recognized qualified privilege for reports on judicial proceedings.

[46] While *Hill* stands for a rejection of the *Sullivan* approach and an affirmation of the common law of defamation's general conformity with the *Charter*, it does not close the door to further changes in specific rules and doctrines. As Iacobucci J. observed in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, "[j]udges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country." It is implicit in this duty that the courts will, from time to time, take a fresh look at the common law and re-evaluate its consistency with evolving societal expectations through the lens of *Charter* values.

[47] The guarantee of free expression in s. 2(*b*) of the *Charter* has three core rationales, or purposes: (1) democratic discourse; (2) truth-finding; and (3) self-fulfillment: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976. These purposes inform the content of s. 2(*b*) and assist in determining what limits on free expression can be justified under s. 1.

[48] First and foremost, free expression is essential to the proper functioning of democratic governance. As Rand J. put it, "government by the free public opinion of an open society . . . demands the

[45] Dans *Hill*, la Cour s'est penchée sur l'argument voulant que, vu l'existence de la *Charte*, il y ait lieu de modifier le droit canadien en matière de diffamation. Exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point, le juge Cory a refusé d'adopter la norme de la « malveillance véritable » formulée dans la décision américaine *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) qui reconnaît l'existence d'une immunité à l'égard des propos diffamatoires visant des titulaires d'une charge publique, à moins que la malveillance ne soit établie. Le juge Cory a cependant élargi quelque peu le principe reconnu de l'immunité relative à l'égard des comptes rendus de procédures judiciaires.

[46] Bien que l'arrêt *Hill* ait écarté la solution retenue dans *Sullivan* et confirmé la conformité générale avec la *Charte* des règles de common law relatives à la diffamation, il n'a pas pour autant fermé la porte à tout changement visant des règles ou des principes particuliers. Comme l'a signalé le juge Iacobucci dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670, « [l]es juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. » Cette obligation suppose que les tribunaux poseront à l'occasion un regard neuf sur la common law et réévalueront sa compatibilité avec les attentes sociales en mutation, à la lumière des valeurs affirmées dans la *Charte*.

[47] Les raisons d'être fondamentales ou objectifs de la garantie relative à la liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte* sont triples : (1) le débat démocratique, (2) la recherche de la vérité et (3) l'épanouissement personnel : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; elles en déterminent le contenu et aident à définir les limites à la liberté d'expression qui peuvent se justifier au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier.

[48] Premièrement et avant tout, la liberté d'expression est essentielle à la saine gouvernance en démocratie. Comme le juge Rand l'a affirmé, [TRADUCTION] « un gouvernement, par le libre jeu

condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas": *Switzman*, at p. 306.

[49] Second, the free exchange of ideas is an "essential precondition of the search for truth": *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 803, *per* McLachlin J. This rationale, sometimes known as the "marketplace of ideas", extends beyond the political domain to any area of debate where truth is sought through the exchange of information and ideas. Information is disseminated and propositions debated. In the course of debate, misconceptions and errors are exposed. What withstands testing emerges as truth.

[50] Third, free expression has intrinsic value as an aspect of self-realization for both speakers and listeners. As the majority observed in *Irwin Toy*, at p. 976, "the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed".

[51] Of the three rationales for the constitutional protection of free expression, only the third, self-fulfillment, is of dubious relevance to defamatory communications on matters of public interest. This is because the plaintiff's interest in reputation may be just as worthy of protection as the defendant's interest in self-realization through unfettered expression. We are not talking here about a direct *prohibition* of expression by the state, in which the self-fulfillment potential of even malicious and deceptive expression can be relevant (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731), but rather a means by which individuals can hold one another civilly accountable for what they say. *Charter* principles do not provide a licence to damage another person's reputation simply to fulfill one's atavistic desire to express oneself.

de l'opinion publique dans une société libre, [. . .] exige comme conditions un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves » : *Switzman*, p. 306.

[49] Deuxièmement, la libre circulation des idées est « un préalable essentiel de la recherche de la vérité » : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 803, la juge McLachlin. Cette raison d'être, quelquefois appelée le « marché des idées », dépasse la sphère politique pour englober tout débat axé sur la recherche de la vérité par l'échange d'information et d'idées. De l'information est propagée et des propositions sont débattues. Dans le cadre du débat, des idées fausses et des erreurs sont exposées. Ce qui subsiste au terme de cette épreuve a valeur de vérité.

[50] Troisièmement, la liberté d'expression est intrinsèquement précieuse en tant que facteur d'épanouissement personnel tant de ceux qui s'expriment que des membres de leur auditoire. Comme la majorité de notre Cour l'a fait remarquer dans *Irwin Toy*, p. 976, « la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné ».

[51] Des trois raisons d'être de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, seule la troisième, l'épanouissement personnel, a plus ou moins de pertinence en matière de communication diffamatoire concernant une question d'intérêt public. Cela tient à ce que la réputation du demandeur peut mériter d'être protégée tout autant que l'épanouissement personnel passant par l'expression exempte d'entraves. Il n'est pas question ici d'une *interdiction* de s'exprimer décrétée par l'État, où même l'épanouissement personnel par l'expression malveillante ou trompeuse peut entrer en ligne de compte (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731), mais d'un moyen par lequel une personne peut en rechercher une autre en responsabilité civile en raison des propos que cette dernière a tenus. Les principes de la *Charte* n'autorisent personne à ternir la réputation d'autrui pour le simple assouvissement du désir atavique de s'exprimer.

AGC0619

[52] By contrast, the first two rationales for free expression squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. The first rationale, the proper functioning of democratic governance, has profound resonance in this context. As held in *WIC Radio*, freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged, and must not be thwarted by "overly solicitous regard for personal reputation" (para. 2). Productive debate is dependent on the free flow of information. The vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(*b*) itself: "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication".

[52] Les deux premières raisons d'être de la protection de la liberté d'expression, en revanche, sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d'intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. La première, la saine gouvernance en démocratie, a une profonde résonnance dans ce contexte. Comme la Cour l'a indiqué dans *WIC Radio*, il y a lieu d'encourager un débat ouvert sur les questions d'intérêt public, et il ne faut pas « vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée » propre à le freiner (par. 2). Or, la libre circulation de l'information est nécessaire à un débat productif, et le libellé de l'al. 2*b*) lui-même reconnaît l'importance cruciale des médias pour la tenue d'un tel débat : « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[53] Freedom does not negate responsibility. It is vital that the media act responsibly in reporting facts on matters of public concern, holding themselves to the highest journalistic standards. But to insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate. The existing common law rules mean, in effect, that the publisher must be certain before publication that it can prove the statement to be true in a court of law, should a suit be filed. Verification of the facts and reliability of the sources may lead a publisher to a reasonable certainty of their truth, but that is different from knowing that one will be able to prove their truth in a court of law, perhaps years later. This, in turn, may have a chilling effect on what is published. Information that is reliable and in the public's interest to know may never see the light of day.

[53] La liberté n'évacue pas la responsabilité. Il est capital que les médias se conduisent de façon responsable lorsqu'ils couvrent des faits concernant des questions d'intérêt public et qu'ils se conforment aux normes les plus exigeantes du journalisme. Toutefois, exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public. Dans leur état actuel, les règles de common law font en sorte qu'une information ne peut être communiquée que si le diffuseur est certain de pouvoir en prouver la véracité devant le tribunal en cas de poursuite. Le diffuseur qui vérifie les faits et la fiabilité des sources peut parvenir à une certitude raisonnable quant à leur véracité, sans pour autant être assuré de pouvoir, peut-être des années plus tard, établir cette véracité en cour. Cette situation peut avoir un effet paralysant sur ce qui sera communiqué, et il est possible que des renseignements fiables et d'intérêt public ne soient ainsi jamais révélés.

[54] The second rationale — getting at the truth — is also engaged by the debate before us. Fear of being sued for libel may prevent the publication of information about matters of public

[54] La question dont nous sommes saisis intéresse aussi la deuxième raison d'être de la garantie relative à la liberté d'expression : la recherche de la vérité. La crainte des poursuites en diffamation

AGC0619

TAB

9

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting in part.

Graham R. Garton, Q.C., and *Kirk Lambrecht, Q.C.*, for the appellant.

Alan D. Hunter, Q.C., *Eric P. Groody* and *David H. de Vlieger*, for the respondent.

Daniel Guttman and *Michel Y. Hélie*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Jean-Vincent Lacroix*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

David Baker and *Faisal Bhabha*, for the interveners Democracy Watch and National Anti-Poverty Organization.

Peter F. M. Jones, for the intervener Environment Voters, a division of Animal Alliance of Canada.

John Herbert Bryden, appearing on his own behalf.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. (dissenting in part) — This Court has repeatedly held that liberal democracy demands the free expression of political opinion, and affirmed that political speech lies at the core of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*' guarantee of free expression. It has held that the freedom of expression includes the right to attempt to persuade through peaceful interchange.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*. Montreal : McGill-Queen's University Press, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie sont dissidents en partie.

Graham R. Garton, c.r., et *Kirk Lambrecht, c.r.*, pour l'appelant.

Alan D. Hunter, c.r., *Eric P. Groody* et *David H. de Vlieger*, pour l'intimé.

Daniel Guttman et *Michel Y. Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et *Jean-Vincent Lacroix*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

David Baker et *Faisal Bhabha*, pour les intervenantes Democracy Watch et l'Organisation nationale anti-pauvreté.

Peter F. M. Jones, pour l'intervenante Environment Voters, division de l'Alliance animale du Canada.

John Herbert Bryden, en personne.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Binnie rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR (dissidents en partie) — La Cour a à maintes reprises déclaré que la démocratie libérale exige la libre expression des opinions politiques et que le discours politique représente un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a jugé que la liberté d'expression emporte le droit de tenter de convaincre par la

2004 SCC 33 (CanLII)

And it has observed that the electoral process is the primary means by which the average citizen participates in the public discourse that shapes our polity. The question now before us is whether these high aspirations are fulfilled by a law that effectively denies the right of an ordinary citizen to give meaningful and effective expression to her political views during a federal election campaign.

2 The law at issue sets advertising spending limits for citizens — called third parties — at such low levels that they cannot effectively communicate with their fellow citizens on election issues during an election campaign. The practical effect is that effective communication during the writ period is confined to registered political parties and their candidates. Both enjoy much higher spending limits. This denial of effective communication to citizens violates free expression where it warrants the greatest protection — the sphere of political discourse. As in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, the incursion essentially denies effective free expression and far surpasses what is required to meet the perceived threat that citizen speech will drown out other political discourse. It follows that the law is inconsistent with the guarantees of the *Charter* and, hence, invalid.

I. Citizen Spending Limits

A. *What the Law Does*

3 The *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, sets limits for spending on advertising for individuals and groups. It limits citizens to spending a maximum of $3,000 in each electoral district up to a total of $150,000 nationally. Section 350 provides:

> **350.** (1) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than $150,000

discussion pacifique. Elle a en outre fait remarquer que le processus électoral est le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui façonne notre société. La Cour doit maintenant décider si ces objectifs légitimes sont réalisés par des dispositions législatives qui, dans les faits, privent le citoyen ordinaire de son droit d'exprimer utilement et efficacement ses opinions politiques pendant la campagne qui précède une élection fédérale.

Les dispositions litigieuses fixent, à l'égard des dépenses publicitaires engagées par les citoyens — appelés les tiers —, des plafonds si bas que ces tiers ne peuvent discuter efficacement des enjeux électoraux avec leurs concitoyens pendant les campagnes électorales. Concrètement, ces mesures signifient que seuls les partis enregistrés et leurs candidats peuvent communiquer efficacement leur message pendant la période électorale, puisqu'ils jouissent de plafonds beaucoup plus élevés. Ce refus de permettre aux citoyens de communiquer efficacement porte atteinte à un aspect de la liberté d'expression qui mérite la plus grande protection — le discours politique. Tout comme dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, cette atteinte a essentiellement pour effet de nier concrètement la liberté d'expression, et elle dépasse de beaucoup les limites requises pour répondre à la menace voulant que le discours des citoyens étouffe les autres discours politiques. En conséquence, les dispositions législatives en question ne respectent pas les garanties reconnues par la *Charte* et sont, de ce fait, invalides.

I. Plafonnement des dépenses des citoyens

A. *L'effet des dispositions législatives litigieuses*

La *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, assujettit à certaines limites les dépenses publicitaires que peuvent faire les particuliers ou groupes. Ces derniers ne sont autorisés à dépenser qu'un maximum de 3 000 $ dans un district électoral donné, jusqu'à concurrence de 150 000 $ à l'échelle nationale. L'article 350 prévoit ce qui suit :

> **350.** (1) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection générale, de faire des

assessed by the electorate. Because citizens cannot mount effective national television, radio and print campaigns, the only sustained messages voters see and hear during the course of an election campaign are from political parties.

It is clear that the right here at issue is of vital importance to Canadian democracy. In the democracy of ancient Athens, all citizens were able to meet and discuss the issues of the day in person. In our modern democracy, we cannot speak personally with each of our fellow citizens. We can convey our message only through methods of mass communication. Advertising through mail-outs and the media is one of the most effective means of communication on a large scale. We need only look at the reliance of political parties on advertising to realize how important it is to actually reaching citizens — in a word, to effective participation. The ability to speak in one's own home or on a remote street corner does not fulfill the objective of the guarantee of freedom of expression, which is that each citizen be afforded the opportunity to present her views for public consumption and attempt to persuade her fellow citizens. Pell J.'s observation could not be more apt: "[s]peech without effective communication is not speech but an idle monologue in the wilderness"; see *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), at p. 415.

This is the perspective from which we must approach the question whether the limitation on citizen spending is justified. It is no answer to say that the citizen can speak through a registered political party. The citizen may hold views not espoused by a registered party. The citizen has a right to communicate those views. The right to do so is essential to the effective debate upon which our democracy rests, and lies at the core of the free expression guarantee. That does not mean that the right cannot be limited. But it does mean that limits on it must be supported

des points de vue soumis à l'appréciation de l'électorat. Parce que les citoyens se trouvent dans l'impossibilité d'organiser des campagnes publicitaires nationales efficaces dans les journaux, à la radio et à la télévision, les seuls messages que les électeurs peuvent voir et entendre de manière soutenue au cours d'une campagne électorale sont ceux émanant des partis politiques.

20 Il est clair que le droit en cause revêt une importance vitale pour la démocratie canadienne. Dans le régime démocratique de l'ancienne Athènes, tous les citoyens pouvaient se rencontrer et discuter de vive voix des questions de l'heure. Dans notre démocratie moderne, il nous est impossible de converser individuellement avec chacun de nos concitoyens. La communication de notre message passe nécessairement par les méthodes de communication de masse. La publicité par la poste et par les médias est l'un des moyens de communication à grande échelle les plus efficaces. Il suffit de voir dans quelle mesure les partis politiques ont recours à la publicité pour constater à quel point celle-ci est importante pour rejoindre véritablement les citoyens — en un mot, pour permettre une participation effective. La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [TRADUCTION] « [u]n discours sans communication efficace n'est pas un discours, c'est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

21 C'est sous cet angle que nous devons nous demander si le plafonnement des dépenses imposé aux citoyens est justifié. Affirmer qu'un citoyen peut s'exprimer par la voix d'un parti politique enregistré ne répond pas à la question. En effet, il est possible qu'un citoyen ait des opinions auxquelles n'adhère aucun parti enregistré. Le citoyen a pourtant le droit de les faire valoir. Ce droit est essentiel au débat efficace sur lequel repose notre démocratie, et il est un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression. Cela ne signifie pas qu'il ne peut pas

2004 SCC 33 (CanLII)

AGC0620

by a clear and convincing demonstration that they are necessary, do not go too far, and enhance more than harm the democratic process.

(2) The Law's Objective: Is It Pressing and Substantial?

22 Under this head we consider the reasons given by the Attorney General to justify limiting the right of citizens to freely express themselves on political issues during the election period. The Attorney General states that the objective of the legislation is to promote fair elections.

23 In more concrete terms, the limits are purported to further three objectives: first, to favour equality, by preventing those with greater means from dominating electoral debate; second, to foster informed citizenship, by ensuring that some positions are not drowned out by others (this is related to the right to participate in the political process by casting an informed vote); third, to enhance public confidence by ensuring equality, a better informed citizenship and fostering the appearance and reality of fairness in the democratic process.

24 These are worthy social purposes, endorsed as pressing and substantial by this Court in *Libman*, *supra*, at para. 47:

> Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions so that election discourse is not dominated by those with access to greater financial resources.

25 The Alberta courts in this case found that the stated objective was not pressing and substantial. We cannot accept that conclusion for two reasons. First, as discussed, this Court has clearly found it to be pressing and substantial in *Libman*, in so doing expressly rejecting the earlier Alberta decision in *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996),

être assorti de limites. Toutefois, il doit être démontré de manière claire et convaincante que ces limites sont nécessaires, qu'elles ne vont pas trop loin et qu'elles ont pour effet non pas d'affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer.

(2) L'objet des dispositions législatives est-il urgent et réel?

Relativement à cette question, nous allons examiner les raisons avancées par le procureur général pour justifier la restriction du droit des citoyens de s'exprimer librement sur des enjeux politiques pendant la période électorale. Le procureur général affirme que les dispositions législatives contestées ont pour objet de favoriser la tenue d'élections équitables.

Plus concrètement, le plafonnement est censé servir trois objectifs : premièrement, favoriser l'égalité en empêchant les plus fortunés de dominer le débat électoral; deuxièmement, faciliter l'information des citoyens en veillant à ce que certaines positions ne soient pas étouffées par d'autres (cet objectif est lié au droit des citoyens de participer au processus politique en votant de façon éclairée); troisièmement, renforcer la confiance du public en garantissant l'égalité de participation et un électorat mieux informé, et en favorisant l'équité — tant apparente que réelle — du processus démocratique.

Il s'agit là d'objectifs sociaux valables, que notre Cour a déclaré urgents et réels dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 47 :

> Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et aux candidates d'exposer leur position afin que le débat électoral ne soit pas dominé par ceux qui ont accès à des moyens financiers plus importants.

En l'espèce, les tribunaux albertains ont estimé que l'objectif déclaré n'était pas urgent et réel. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion, et ce pour deux raisons. D'une part, comme nous l'avons vu plus tôt, notre Cour a clairement jugé qu'il s'agissait d'un objectif urgent et réel dans l'arrêt *Libman*, rejetant par le fait même expressément la décision

advertising is required to avoid the hypothetical evils of inequality, a misinformed public and loss of public confidence in the system.

(3) Proportionality

40 The same logic that leads to the conclusion that the Attorney General has not established that the infringement minimally impairs the citizen's right of free speech applies equally to the final stage of the proportionality analysis, which asks us to weigh the benefits conferred by the infringement against the harm it may occasion.

41 Given the unproven and speculative nature of the danger the limits are said to address, the possible benefits conferred by the law are illusory. The smaller the danger, the less the benefit conferred. Yet the infringement is serious. It denies the citizen the right of effective political communication except through a registered party. The denial is made all the more serious because political expression lies at the heart of the guarantee of free expression and underpins the very foundation of our democracy. The measures may actually cause more inequality, less civic engagement and greater disrepute than they avoid. In the absence of any evidence to the contrary, it cannot be said that the infringement does more good than harm.

42 Having had the advantage of reviewing the reasons of Bastarache J., we believe it is important to make three observations. First, whether or not citizens dispose of sufficient funds to meet or exceed the existing spending limits is irrelevant. What is important is that citizens have the capacity, should they so choose, to exercise their right to free political speech. The spending limits as they currently

(*RJR-MacDonald*, précité, par. 160), et en faisant preuve d'une bonne dose de déférence envers le législateur, il n'en reste pas moins que rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il soit nécessaire de virtuellement interdire aux citoyens de communiquer au moyen de mesures publicitaires efficaces pour éviter les hypothétiques dangers que représentent en l'occurrence l'inégalité de participation, un public mal informé et la perte de confiance du public dans le système.

(3) La proportionnalité

Le raisonnement à la base de la conclusion selon laquelle le procureur général n'a pas démontré que la restriction porte le moins possible atteinte au droit des citoyens à la liberté d'expression s'applique tout autant à la dernière étape de l'analyse relative à la proportionnalité, laquelle requiert que l'on soupèse les effets bénéfiques de l'atteinte et ses effets préjudiciables potentiels.

Comme le risque hypothétique auquel le plafonnement est censé remédier n'a pas été établi, les possibles bénéfices des dispositions législatives contestées restent illusoires. Plus le risque est minime, moins le bénéfice de l'atteinte est grand. Nous sommes pourtant en présence d'une atteinte grave, qui nie aux citoyens le droit de communiquer efficacement sur le plan politique, sauf par l'entremise d'un parti enregistré. Ce déni est d'autant plus grave que l'expression politique touche au cœur de la garantie relative à la liberté d'expression et qu'elle est le fondement même de notre démocratie. Dans les faits, les dispositions contestées peuvent exacerber l'inégalité, le désengagement civique et la déconsidération qu'elles cherchent par ailleurs à éviter. En l'absence de toute preuve contraire, il est impossible d'affirmer que l'atteinte fait plus de bien que de mal.

Ayant pris connaissance des motifs du juge Bastarache, nous estimons important de formuler les trois observations suivantes. Premièrement, le fait que les citoyens disposent ou non de fonds leur permettant de profiter pleinement des limites prévues, voire de les excéder, n'est pas pertinent. Ce qui importe, c'est que les citoyens soient capables, s'ils décident de le faire, d'exercer leur droit

AGC0620

TAB

10

***657 Hewitt and Harman v. United Kingdom**
Application No. 12175/86
Before the European Commission of Human Rights
9 May 1989

(1992) 14 E.H.R.R. 657

(The Acting President , Mr. Frowein ; Messrs. Ermacora , Busuttil , Weitzel , Soyer , Schermers , Danelius , Campinos , Vandenberghe , Thune , Sir Basil Hall , Martinez , Rozakis , Mrs. Liddy and Lonciades , Members)
9 May 1989

Analysis

The first applicant had been General Secretary of the National Council for Civil Liberties ('NCCL'). The second applicant had been employed as a legal officer by the NCCL. They both complained that secret surveillance of their private lives by the British Secret Service (MI5) violated Articles 8, 10, 11 and 13 of the Convention. Such surveillance included indirect interception of communications with persons under direct telephone tapping and the maintenance of records classifying them as 'communist sympathisers' and 'subversives.' The applicants relied on statements to that effect in an affidavit of a former intelligence officer with MI5.

Held:

(1) by 13 votes to two, that there had been a violation of Article 8 ;
(2) unanimously, that it was not necessary to examine separately whether there had been a violation of Articles 10 and 11 ;
(3) by 13 votes to two, that there had been a violation of Article 13 in conjunction with Article 8;
(4) unanimously, that it was not necessary to examine separately the applicant's complaint of a violation of Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11.

1. Respect for private life: interference. (Art. 8(1)).
The storing of information concerning a person's private life in a secret police register interferes with the right to respect for private life guaranteed by Article 8(1) of the Convention. It follows that the collection and retention of such information is also a violation of that Article. Although it is not necessary for a complainant to show that such information has actually been compiled and retained, the complainant must show (a) the existence of secret measures designed to collect and retain such information, and (b) a reasonable likelihood that the secret service has compiled and retained information concerning his private life. The applicant had discharged this burden, in particular by way of the ex-intelligence officer's affidavit. [27]–[33]
2. Respect for private life: interference in accordance with law. Art. 8(2)).
The interference with the applicants' private lives was based on a non-binding and unpublished directive from the British Government to the Director General of the Secret Service. The directive did not constitute legally enforceable rules. It did not establish a framework ***658** indicating sufficiently clearly and with adequate foreseeability the scope and manner of the exercise of the authorities' discretion in carrying out secret surveillance activities. In particular, the complainants had no means of knowing when and on what basis their communications might be intercepted. The

interference was not, therefore, 'in accordance with law' and so fell outside the exceptions in Article 8(2) to the right to respect for private life guaranteed by Article 8(1). [39]–[42]

3. Freedom of expression and freedom of association. (Arts. 10 and 11).

Since the applicants' complaints of violations of Articles 10 and 11 were based on their complaints under Article 8, it was not necessary to consider them separately. [48]

4. Effective remedy: lack of judicial remedy. (Art. 13 in conjunction with Art. 8).

There was no evidence of the existence of an effective remedy under the law of the **United Kingdom** in respect of the applicants' complaints under Article 8, whether by way of a single remedy or a series of remedies. There was, therefore, a violation of Article 13. [53] and [55]

5. Effective remedy. (Art. 13 in conjunction with Arts. 10 and 11).

Since it was unnecessary to consider the complaints under Articles 10 and 11 separately from those under Article 8, it followed that it was not necessary to consider the complaints under Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11 separately. [57]–[58] .

Representation

- Mr. M. C. Wood , Foreign and Commonwealth Office (Agent), for the Government;
- Ms. M. Colvin , Legal Advisor, NCCL; Mr. G. Robertson Q.C. , (Counsel), for the applicants.

The following cases were referred to in the Commission's Opinion:

- 1. Leander v. Sweden (A/116): (1987) 9 E.H.R.R. 433 .
- 2. Klass v. Germany (A/28): (1979–80) 2 E.H.R.R. 214 .
- 3. Malone v. **United Kingdom** (A/82): (1985) 7 E.H.R.R. 14 .
- 4. The Sunday Times v. **United Kingdom** (A/30): (1979–80) 2 E.H.R.R. 245 .
- 5. Silver v. **United Kingdom** (A/61): (1983) 4 E.H.R.R. 347 .
- 6. Application No. 12015/86, 6 July 1988, Not Yet Reported .

This Opinion was accepted by the Committee of Ministers in accordance with Article 32 of the Convention: Resolution DH (90) 36 is published below.

The Facts

The particular circumstances of the case

14. The first applicant was General Secretary of the NCCL between September 1983 and May 1984. The second applicant was employed as a legal officer by the NCCL from 1978 until 1982.

15. The NCCL is an unincorporated association which works to monitor and defend civil and political rights in the **United Kingdom**. ***659** Pursuant to its constitution, the NCCL is a non-party and non-denominational organisation. In order to achieve its aims to uphold human rights the NCCL works *inter alia* by briefing and lobbying Members of Parliament, submitting evidence to official enquiries, conducting research and issuing publications, and taking test cases to local and international courts. It sometimes sends impartial observers to monitor demonstrations as part of its function to defend the right of freedom of assembly but it does not sponsor or organise demonstrations.

WESTLAW © 2018 Thomson Reuters.

As revealed by Ms. Cathy Massiter, a former intelligence officer of one branch of the Security Service (MI5) on a television programme broadcast on 8 March 1985, and in an affidavit dated and sworn for the purposes of judicial review proceedings in another case, both applicants were placed by the Security Service in the category of 'communist sympathisers' due to their prominent participation in the activities of the NCCL.

In her affidavit Ms. Massiter states that the NCCL was classified as a communist controlled subversive organisation by the Security Service. As regards the secret surveillance of the applicants, she states as follows:

> '... Harriet **Harman** has been on record with the security service since the period when she was an NCCL legal officer. She has never been the subject of a telephone or mail intercept through the security services to my knowledge. However references to her on other intercepts and contacts with individuals who were themselves the subject of such intercepts would usually find their way on to her file. The file would be used as the basis for an assessment of Ms. **Harman** when she became a parliamentary candidate. Assessments of newly elected MPs are passed on to the Cabinet Office where there is information about the person concerned which might throw doubt upon their security fitness for inclusion on certain parliamentary committees requiring access to highly classified and/or sensitive information. I did not see any assessment of Harriet **Harman** but I would think it unlikely that exclusion from any committees would have been recommended on the basis of her security service record.
>
> In order to open a file on Harriet **Harman** the security service would have to find a category in which to place her. She was clearly not a member of the Communist Party of Great Britain. However she was legal officer for NCCL which had been assessed as a subversive organisation. The only category open in which to record her was "Communist sympathiser." Although she was not a member of the Communist Party and there was no evidence that she was sympathetic to the Communist Party, bureaucratically this was the only appropriate category into which she could be placed.
>
> Patricia **Hewitt** was recorded on the same basis as Harriet **Harman**. As well as her NCCL connections she was also known to be living with a member of the Communist Party of Great Britain although he later left the party. As in the case of Harriet **Harman**, up to the time of my leaving the security service Patricia **Hewitt** had not at any time been the subject to a security service initiated telephone or mail intercept. She was however subject to the same "indirect interception."
>
> If someone to whom Harriet **Harman** or Patricia **Hewitt** was talking was ***660** subject to an intercept then the tapes of the telephone conversation would be played to a transcriber. The transcriber receives a brief and does not transcribe irrelevant information. Political information was generally transcribed and personal information might be transcribed. Everything which has been transcribed from an individual's conversation is on a linked supplementary file to that individual's file and a single copy of the entire transcript is kept and is not destroyed. To the best of my knowledge and belief the transcriber would not necessarily have directions to respect doctor patient or lawyer client relationships or the *sub judice* rule. The transcript would be sent to the desk officer who was responsible for the warrant. If that officer saw the name of someone of interest to my desk they would pass that part of the transcript to me. ...'

16. Security service files were described by Ms. Massiter as including the following material:

•— fullest possible personal particulars of the individual (name, date and place of birth, addresses, occupation and past employment);
•— a photograph, usually taken from the individual's passport application;
•— data from surveillance by local police special branch in the area where he or she lives;
•— press reports relating to the individual's activities and political views;
•— references to the subject in telephone or mail intercepts operating against other individuals or organisations;
•— references to the subject in agents' reports.

17. The applicants allege that surveillance of both applicants was continued after they had left the NCCL on the basis that they were candidates for elected office.

18. The above allegations are neither confirmed nor denied by the respondent Government. It points out that the policy of successive governments of the **United Kingdom** is not to disclose information about the operations of the security service or to comment on particular allegations.

19. By a letter dated 21 February 1985 the second applicant wrote to the Prime Minister (Mrs. Margaret Thatcher) seeking confirmation that she had been subject to surveillance and also seeking access to her file. Her request was rejected in a letter dated 11 March 1985. By a letter dated 29 March 1985, addressed to the General Secretary of the NCCL, the Home Secretary declined to order an enquiry into the matters of which the applicants complain and failed to provide an assurance that they are, or the NCCL is, not a target of secret surveillance.

Relevant domestic 'law' and practice

20. The Security Service was established and exists for the exclusive purpose of the defence of the Realm. The activities of the Security ***661** Service are governed by the published Directive of the Home Secretary to the Director-General of the Service, a Crown Servant, dated 24 September 1952 ('the Directive') as follows:

> 1. 'In your appointment as Director-General of the Security Service you will be responsible to the Home Secretary personally. The Security Service is not, however, a part of the Home Office. On appropriate occasion you will have right of direct access to the Prime Minister.
>
> 2. The Security Service is part of the Defence Forces of the country. Its task is the Defence of the Realm as a whole, from external and internal dangers arising from attempts at espionage and sabotage, or from actions of persons and organisations whether directed from within or without the country, which may be judged to the subversive to the State.
>
> 3. You will take special care to see that the work of the Security Service is strictly limited to what is necessary for the purposes of this task.
>
> 4. It is essential that the Security Service should be kept absolutely free from any political bias or influence and nothing should be done that might lend colour to any suggestion that it is concerned

WESTLAW © Thomson Reuters

with the interests of any particular section of the community, or with any other matter than the Defence of the Realm as a whole.

5. No enquiry is to be carried out on behalf of any Government Department unless you are satisfied that an important public interest bearing on the Defence of the Realm, as defined in paragraph 2, is at stake.

6. You and your staff will maintain the well-established convention whereby Ministers do not concern themselves with the detailed information which may be obtained by the Security Service in particular cases, but are furnished with such information only as may be necessary for the determination of any issue on which guidance is sought.'

21. Members of the Security Service are public officials but unlike, for example, police officers, immigration officers or officers of H.M. Customs and Excise, they have conferred on them no special powers, whether under any law or by virtue of the Directive. Members of the Service are Crown Servants, subject to the disciplinary control of the Crown but are otherwise in a position no different from private citizens. Their activities are constrained by the criminal law and the law of torts in the same way as the activities of citizens generally are so constrained. Thus, if they carry out or engage in matters which it is unlawful for citizens generally to carry out or engage in, it is likewise unlawful for them to do so and they would thereby be liable to be proceeded against for any offence which was thereby committed, or liable in any civil proceedings in respect of any tort which had resulted.

22. From June to September 1963 Lord Denning, then one of the most senior judges of the Supreme Court, at the request of the Prime Minister, undertook an examination of the operation of the Security Service in the light of the resignation of the then Secretary of State for War. At paragraph 239 of his Report dated 16 September 1963, [1] Lord Denning, after hearing a considerable body of evidence, found general approval that the Directive embodied the correct principles, which principles (*inter alia*) he summarised as follows: ***662**

(1) 'The Head of the Security Service is responsible directly to the Home Secretary for the efficient and proper working of the Service and not in the ordinary way to the Prime Minister.

(2) The Security Service is, however, not a department of the Home Office. It operates independently under its own Director-General, but he can and does seek direction and guidance from the Home Secretary, subject always to the proviso that its activities must be absolutely free from any political bias or influence.

(3) The function of the Security Service is to defend the Realm as a whole from dangers which threaten it as a whole, such as espionage on behalf of a foreign Power, or internal organisations subversive of the State. For this purpose, it must collect information about individuals, and give it to those concerned. But it must not, even at the behest of a Minister or Government Department, take part in investigating the private lives of the individuals except in a matter bearing on the Defence of the Realm as a whole.

(4) The Head of the Security Service may approach the Prime Minister himself on matters of supreme importance and delicacy, but this is not to say that the Prime Minister has any direct responsibility for the Security Service. He has certainly none in day-to-day matters. It would be a

mistake for the Prime Minister to take such responsibility because he cannot in practice exercise adequate supervision, and he has not the secretariat for the purposes.'

Opinion

Points at issue

23. The following are the principal points at issue in the case:

• — Whether the surveillance of the activities of the applicants by the Security Service and the consequent compilation and retention of information concerning their private lives constituted a violation of their right to respect for private life contrary to Article 8 of the Convention;
• — Whether the above actions of the Security Service constituted a violation of the applicants' right to freedom of expression contrary to Article 10 of the Convention;
• — Whether the above actions of the Security Service constituted a violation of the applicants' right to freedom of association contrary to Article 11 of the Convention;
• — Whether there exists an effective remedy under the law of the **United Kingdom** in respect of the applicants' complaints under Articles 8, 10 and 11 as required by Article 13 of the Convention.

Article 8 of the Convention

24. The applicants complain that they were the subject of secret surveillance by the Security Service and that information concerning their activities was compiled and retained by the Security Service. They claim that, by reason of their association with the National ***663** Council for Civil Liberties (NCCL), they were classified as 'subversives' and 'communist sympathisers' by the Security Service. They contend that the above actions of the Security Service constitute an unjustified interference with their right to respect for private life as guaranteed by Article 8 of the Convention.

25. Article 8 of the Convention provides as follows:

1. 'Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'

26. The Government, in line with its policy of not disclosing information about the operations of the Security Service, has neither confirmed nor denied the applicants' allegations.

WESTLAW

27. The Commission recalls that the storing of information concerning a person's private life in a secret police register amounts to an interference with the right to respect for private life as guaranteed by Article 8(1) of the Convention. [2] It follows that secret surveillance activities for the purpose of gathering and storing on file information concerning a person's private life also constitutes an interference with this right. [3]

28. A question arises whether the evidence before the Commission as to the compilation and retention of information concerning the applicants' private lives leads to the conclusion that there has been an interference with their right to respect for private life.

29. The Commission recalls that 'an individual may, under certain conditions, claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures—without having to allege that such measures were in fact applied to him.' [4]

30. The Court in the Klass case added that the relevant conditions were 'to be determined in each case according to the Convention right or rights alleged to have been infringed, the secret character of the measures objected to, and the connection between the applicant and those measures.' [5]

31. Similarly, in the Malone case, the Court agreed with the Commission that the existence of laws and practices permitting and establishing a system for effecting secret surveillance amounted in itself to an interference with the applicant's rights under Article 8 of the Convention, apart from any measures actually taken against him. [6] ***664**

32. The Commission does not consider that this case law can be interpreted so broadly as to encompass every person in the **United Kingdom** who fears that the security service may have compiled information about him. The Commission, however, considers that an applicant cannot reasonably be expected to prove that information concerning his private life has been compiled and retained. It is sufficient, in the area of secret measures, that the existence of practices permitting secret surveillance be established and that there is a reasonable likelihood that the security service has compiled and retained information concerning private life. [7]

33. In the present case the applicants have submitted a detailed affidavit by a former intelligence officer of MI5 which indicates that they were the subjects of secret surveillance by the Security Service because of their association with the National Council for Civil Liberties (NCCL) and that the information gathered about them comprises *inter alia* information concerning their private life and is kept in records maintained by the Security Service.

34. The Commission notes that the applicants do not allege that they were subjected to telephone or mail intercepts. Nevertheless Ms. Massiter's evidence states that they had been subject to 'indirect interception,' *i.e.* the recording of information about them which appeared in the telephone or mail intercepts of others.

WESTLAW © 2015 Thomson Reuters

35. The interception and recording of such information, even though the applicants were not directly subject to interception, amounts in itself to an interference with the applicants' right to respect for private life and correspondence. [8]

36. Against the above background the Commission finds that the existence of practices permitting secret surveillance has been established and that there is a reasonable likelihood that the applicants were the subjects of secret surveillance and that the Security Service has compiled and retained information concerning their private lives. It follows that there has been an interference *inter alia* with the applicants' right to respect for their private life under Article 8(1) of the Convention.

37. The Commission must next examine whether this interference is justified under Article 8(2) of the Convention. It must first determine whether the interference is 'in accordance with the law.'

38. The Commission recalls that the phrase 'in accordance with the law' includes requirements over and above compliance with the domestic law. The 'law' in question must be adequately accessible in the sense that the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. In addition 'a norm cannot be regarded as law unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his ***665** conduct. He must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.' [9]

39. The Court in the Malone case has further elucidated the concept of foreseeability and highlighted its importance as a safeguard against the arbitrary application of measures of secret surveillance. The Court stated as follows [10] :

> 'The Court would reiterate its opinion that the phrase "in accordance with the law" does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention (see, mutatis mutandis , the Silver judgment, page 34, paragraph 90, and the Golder judgment of 21 February 1975. Series A no. 18, page 17, paragraph 34). The phrase thus implies—and this follows from the object and purpose of Article 8 —that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 (see the report of the Commission, paragraph 121). Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident (see the abovementioned Klass judgment, Series A no. 28, pages 21 and 23, paragraphs 42 and 49). Undoubtedly, as the Government rightly suggested, the requirements of the Convention, notably in regard to foreseeability, cannot be exactly the same in the special context of interception of communications for the purpose of police investigations as they are where the object of the relevant law is to place restrictions on the conduct of individuals. In particular, the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.'

WESTLAW © 2015 Thomson Reuters.

40. The Commission notes that the activities of the Security Service are governed by a Directive of the Home Secretary to the Director-General of the Security Service dated 24 September 1952. Although the Directive is published, it is not claimed by the Government that it has the force of law or that its contents constitute legally enforceable rules concerning the operation of the Security Service. Nor does the Directive provide a framework which indicates with the requisite degree of certainty the scope and manner of the exercise of discretion by the authorities in the carrying out of secret surveillance activities.

41. The Commission finds that in these circumstances the interference with the applicants' right to respect for private life was not 'in accordance with the law' as required by Article 8(2) of the Convention.

42. In view of the above finding, the Commission considers it unnecessary to examine whether the interference in the present case ***666** was necessary in a democratic society within the meaning of Article 8(2) of the Convention.

Conclusion

43. The Commission concludes, by 13 votes to two, that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

Articles 10 and 11 of the Convention

44. The applicants have also complained of an interference with their freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention. They state that as a result of the secret surveillance they and those with whom they are in communication will be deterred from expressing their true opinions and beliefs. In addition they submit that their future career prospects and political ambitions may be prejudiced by being labelled 'subversive' by the Security Service.

45. The Government submits that the applicants have at all times been free to express their opinions and have not substantiated their allegations.

46. The applicants further complain of an interference with their right to freedom of association under Article 11 of the Convention. They allege *inter alia* that, as a result of being classified as subversives, potential supporters of NCCL may have been inhibited from associating with the applicants.

47. The Government contends that Article 11(1) does not guarantee a right of association in the sense described by the applicants and that, in any event, they have not substantiated their complaints.

48. The Commission considers that the above complaints under Articles 10 and 11 of the Convention are based on the claim that the applicants were the subject of secret surveillance and that the Security Service has compiled and retained files of information relating to their private lives. In the opinion of the Commission it is not necessary to examine these complaints separately in view of the above finding that these activities constitute a breach of Article 8 of the Convention.

WESTLAW © 2011 Thomson Reuters

Conclusion

49. The Commission concludes, unanimously, that it is not necessary to examine separately whether there has been a violation of Articles 10 and 11 of the Convention.

Article 13 of the Convention in conjunction with Article 8

50. The applicants complain under Article 13 of the Convention that there is no effective remedy under the law of the **United Kingdom** in respect of their complaints under Article 8 of the Convention. ***667**

51. The Government has not commented on the applicants' complaint of a breach of Article 13 in conjunction with Article 8.

52. Article 13 provides as follows:

> 'Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.'

53. This provision has been interpreted in the following way by the European Court of Human Rights in the case of Silver [11] :

> • (a) 'where an individual has an arguable claim to be the victim of a violation of the rights set forth in the Convention, he should have a remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress (see the ... Klass judgment. Series A no. 28, page 29, paragraph 64);
> • (b) the authority referred to in Article 13 may not necessarily be a judicial authority but, if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective (*ibid.* , page 30, paragraph 67);
> • (c) although no single remedy may itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see, *mutatis mutandis*, ... X v. **United Kingdom**, Series A no. 46, page 26, paragraph 60 and Van Droogenbroeck of 24 June 1982, Series A no. 50, page 32, paragraph 56);
> • (d) neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention—for example, by incorporating the Convention into domestic law (see the Swedish Engine Drivers' Union judgment of 6 February 1976, Series A no. 20, page 18, paragraph 50).
>
> It follows from the last-mentioned principle that the application of Article 13 in a given case will depend upon the manner in which the Contracting State concerned has chosen to discharge its

obligation under Article 1 directly to secure to anyone within its jurisdiction the rights and freedoms set out in section I (see ... Ireland v. **United Kingdom**, Series A no. 25, page 91, paragraph 239).'

54. The Commission recalls the above conclusion that there is a breach of Article 8 in the present case. Article 13 is applicable in such a case.

55. The Commission has not been informed of the existence of an effective remedy under the law of the **United Kingdom** in respect of the applicants' complaint under Article 8 of the Convention. The Commission therefore finds that the applicants do not have an effective remedy as required by Article 13 of the Convention.

Conclusion

56. The Commission concludes, by 13 votes to two, that there has been a violation of Article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention. ***668**

Article 13 of the Convention in conjunction with Articles 10 and 11

57. As regards the applicants' complaints of a violation of Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11 , the Commission recalls that it does not consider it necessary to examine the complaints relating to Articles 10 and 11 separately in view of the finding of a violation of Article 8 of the Convention.

58. For the same reasons and in view of the above finding of a breach of Article 13 in conjunction with Article 8, the Commission does not consider it necessary to examine separately the complaint relating to Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11.

Conclusion

59. The Commission concludes, unanimously, that it is not necessary to examine separately the applicants' complaint of a violation of Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11 of the Convention.

Recapitulation

60. The Commission concludes

- — by 13 votes to two, that there has been a violation of Article 8 of the Convention [12] ;
- — unanimously, that it is not necessary to examine separately whether there has been a violation of Articles 10 and 11 of the Convention [13] ;

• — by 13 votes to two, that there has been a violation of Article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention [14] ;

• — unanimously, that it is not necessary to examine separately the applicants' complaint of a violation of Article 13 in conjunction with Articles 10 and 11 of the Convention. [15]

Resolution of the Committee of Ministers

• The Committee of Ministers, under the terms of Article 32 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as 'the Convention'),

• Having regard to the reports drawn up by the European Commission of Human Rights in accordance with Article 31 of the Convention relating to the applications lodged on 4 September 1985 by Ms. Patricia Hope **Hewitt** and Ms. Harriet **Harman** against the **United Kingdom** (Application No. 12175/86) and on 17 April 1986 by N. against the **United Kingdom** (Application No. 12327/86); ***669**

• Whereas on 20 June 1989 and 12 June 1989 the Commission transmitted the said reports to the Committee of Ministers and whereas the period of three months provided for in Article 32(1) of the Convention elapsed without the cases having been brought before the European Court of Human Rights in pursuance of Article 48 of the Convention;

•Whereas in their application the applicants Ms. **Hewitt** and Ms. **Harman** complained of their secret surveillance by the Security Service and the consequent gathering and storing of information about them and in his application N. complained that he had been subjected to the obtaining, retention and use of information about himself;

•Whereas the Commission declared the applications admissible on 12 May 1988 and 11 October 1988 and in its reports adopted on 9 May 1989 expressed the opinion, by 13 votes to two in the case of Ms. **Hewitt** and Ms. **Harman** and by 14 votes to one in the case of N., that there had been a violation of Article 8 of the Convention and of Article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention;

• Agreeing with the opinions expressed by the Commission in accordance with Article 31(1) of the Convention;

• Whereas, during the examination of the cases, the Committee of Ministers was informed by the Government of the **United Kingdom** that the Security Service Act 1989 came into force on 18 December 1989. The Act places the Security Service on a statutory basis, defines the purposes for which its activities may be carried out and establishes a Security Service Commissioner and an independent Tribunal for the investigation of complaints about the Service. The Committee was also informed that an agreement had been reached between the applicants and the **United Kingdom** authorities according to which the applicants Ms. **Hewitt** and Ms. **Harman** would receive the sum of £4,365 and the applicant N. the sum of £1,925 in respect of their legal costs,

•Decides, having voted in accordance with the provisions of Article 32(1) of the Convention, that there has been a violation of Article 8 and of Article 13 of the Convention in these cases;

•Takes note of the information provided by the Government of the **United Kingdom**;

• Decides, therefore, that no further action is called for in these cases. ***670**

WESTLAW © 2019 THOMSON REUTERS

Footnotes

1 Cmnd. 2152 .
2 See Leander v. Sweden (1987) 9 E.H.R.R. 433 , at para. 48.
3 See, *mutatis mutandis,* Klass v. Germany, 2 E.H.R.R. 214 ; Malone v. **United Kingdom** (1985) 7 E.H.R.R. 14 .
4 Klass v. Germany , *op. cit.,* at para. 34.
5 *Ibid.*
6 Malone v. **United Kingdom** , *op. cit.,* at para. 64.
7 See App. No. 12015/86, 6 July 1988, not yet reported .
8 See Malone v. **United Kingdom** , *op. cit.,* at para. 64.
9 See The Sunday Times v. **United Kingdom**, 2 E.H.R.R. 245 .
10 *Op. cit.,* at para. 49.
11 Silver v. **United Kingdom** , *op. cit.,* at para. 113.
12 Para. 43 above.
13 Para. 49 above.
14 Para. 56 above.
15 Para. 59 above.

© 2016 Sweet & Maxwell

(1992) 14 E.H.R.R. 657

End of Document © 2016 Thomson Reuters.

TAB

11

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Irwin Toy Limited *Respondent*

and

Gilles Moreau in his capacity as President of the Office de la protection du consommateur *Intervener*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., and the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Interveners*

INDEXED AS: IRWIN TOY LTD. *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20074.

1987: November 19, 20; 1989: April 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation ultra vires the provincial legislature — Colourable legislation — Impairment of federal undertakings — Conflict with federal legislation — Criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception-where express declaration — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Irwin Toy Limited *Intimée*

et

Gilles Moreau en sa qualité de président de l'Office de la protection du consommateur *Intervenant*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., et la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: IRWIN TOY LTD. *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20074.

1987: 19, 20 novembre; 1989: 27 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle ultra vires de la législature provinciale? — Législation déguisée — Entrave à une entreprise fédérale — Conflit avec la législation fédérale — Droit criminel — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

1989 CanLII 87 (SCC)

AGC0622

s. 33 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364 — Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

In November 1980, the respondent sought a declaration from the Superior Court that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which prohibited commercial advertising directed at persons under

sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Vie, liberté et sécurité de la personne — Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

En novembre 1980, l'intimée a demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, étaient *ultra vires* de l'Assemblée nationale

1989 CanLII 8 (SCC)

AGC0622

thirteen years of age, were *ultra vires* the Quebec legislature and, subsidiarily, that they infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the action. On appeal, the respondent also invoked the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which entered into force after the judgment of the Superior Court. The Court of Appeal allowed the appeal holding that the challenged provisions infringed s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and that the limit imposed on freedom of expression by ss. 248 and 249 was not justified under s. 1. This appeal is to determine (1) whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Quebec legislature or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; (2) whether they are protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision; (3) whether they infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*; and if so, (4) whether the limit imposed by ss. 248 and 249 is justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*; and (5) whether they infringe s. 7 of the Canadian *Charter*.

Held (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the provincial legislature nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*.

(2) The override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act* expired on June 23, 1987.

(3) Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

(4) *Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): Sections 248 and 249 are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

(5) Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

---

(1) *Constitution Act, 1867*

Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, as modified by or completed by the regulations, are, like in the *Kellogg's* case, legislation of general application enacted in relation to consumer protection and are not a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. The dominant aspect of the law for purposes

du Québec et, subsidiairement, qu'ils enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Les articles 248 et 249 interdisaient la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans. La Cour supérieure a rejeté l'action. En appel, l'intimée a aussi invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les dispositions contestées enfreignaient l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et que la limite imposée à la liberté d'expression par les art. 248 et 249 n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 248 et 249 sont *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11; (2) s'ils sont soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur; (3) s'ils portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise et, dans l'affirmative, (4) si la restriction imposée par les art. 248 et 249 est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise; et (5) s'ils enfreignent l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

Arrêt (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de la législature provinciale ni privés d'effet en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) La disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987.

(3) Les articles 248 et 249 violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

(4) *Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Les articles 248 et 249 sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

(5) L'article 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

---

(1) *Loi constitutionnelle de 1867*

Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, tels que modifiés ou complétés par les règlements, sont, comme dans l'affaire *Kellogg*, des dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur et ne sont pas une tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, de légiférer en matière de publicité télévi-

AGC0622

of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not a sufficient basis for a finding of colourability.

Sections 248 and 249 do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252 of the *Consumer Protection Act*, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. The challenged provisions, therefore, do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation. Further, the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and the fact that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs do not form a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations".

Sections 248 and 249 are not in conflict with s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*. This section does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings. There is also no conflict or functional incompatibility between the federal regulatory regime applicable to broadcasters adopted by the CRTC and the provincial consumer protection legislation applicable to advertisers. Both schemes have been designed to exist side by side. Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is, therefore, no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

Finally, having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that

sée. L'aspect dominant de la Loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux personnes de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ni même principal de la Loi. L'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée.

Les articles 248 et 249 ne visent pas à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252 de la *Loi sur la protection du consommateur*, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Les dispositions contestées ne portent donc pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en prétendant s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation. En outre, l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et le fait que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants ne constituent pas une base suffisante pour conclure que l'effet des dispositions était d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise était «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer que les dispositions peuvent «incidemment porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision».

Les articles 248 et 249 n'entrent pas en conflit avec l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet article ne vise pas à empêcher que des lois provinciales d'application générale aient un effet incident sur des entreprises de télédiffusion. Il n'y a ni conflit ni incompatibilité opérationnelle entre la réglementation fédérale applicable aux télédiffuseurs adoptée par le CRTC et la législation provinciale sur la protection du consommateur applicable aux annonceurs. Les deux systèmes ont été conçus pour coexister. Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

Enfin, ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide

they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. The province has, under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*, jurisdiction to enact penal sanctions in relation to otherwise valid provincial objectives.

(2) *Application of Canadian Charter*

For the reasons given in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 364 of the *Consumer Protection Act*—the standard override provision enacted by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21—came into force on June 23, 1982 and ceased to have effect on June 23, 1987. Since s. 364 was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the Canadian *Charter*, it follows that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision.

(3) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression, or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make

et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité comme, de par leur caractère véritable, des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne à la province la compétence pour édicter des lois pénales provinciales à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs.

(2) *Application de la Charte canadienne*

Selon les motifs de *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*—la disposition dérogatoire type édictée par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21—est entré en vigueur le 23 juin 1982 et a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Puisque l'art. 364 n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte* canadienne, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur.

(3) *Liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans la signification de l'activité ou dans l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut

1989 CanLII 87 (SCC)

AGC0622

this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. Here, respondent's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

Per Beetz and McIntyre JJ.: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, which prohibit advertising aimed at children, infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Sections 248 and 249 restrict a form of expression—commercial expression—protected by s. 2(*b*) and s. 3.

(4) *Reasonable Limits*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: Sections 248 and 249, read together, are not too vague to constitute a limit prescribed by law. Section 249 can be given a sensible construction, producing no contradiction or confusion with respect to s. 248. Further, ss. 248 and 249 do not leave the courts with an inordinately wide discretion. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age, and s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. Sections 248 and 249, therefore, do provide the courts with an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction.

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the

encore soutenir que l'action gouvernementale a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression. Pour ce faire, le demandeur doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. En l'espèce, l'activité de l'intimée relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

Les juges Beetz et McIntyre: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Les articles 248 et 249 restreignent une forme d'expression—l'expression commerciale—qui est protégée par l'al. 2*b*) et l'art. 3.

(4) *Limites raisonnables*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Les articles 248 et 249 sont assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249 qui élimine toute confusion ou toute contradiction avec l'art. 248. De plus, les art. 248 et 249 ne confèrent pas au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans et l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Les articles 248 et 249 fournissent donc aux tribunaux une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction.

Pour démontrer que l'objet de la Loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la Loi à l'origine. Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif. Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolu-

AGC0622

changing of circumstances. In this case, the question is whether the evidence submitted by the government establishes that children under thirteen are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and are justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation—to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising. The legislature reasonably concluded that advertisers should not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern.

The means chosen by the government were also proportional to the objective. First, there is no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Second, the evidence adduced sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. Where the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed, the courts can assess with a high degree of certainty whether the least intrusive means have been chosen to achieve the government's objective. On the other hand, where the government is best characterized as mediating between the

tion des circonstances. En l'espèce, la question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la Loi peuvent être utilisées à cette fin.

Compte tenu des documents relatifs aux articles premier et 9.1, les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression et sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. Les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle.

Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Premièrement, il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants, mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. Deuxièmement, la preuve étaye le caractère raisonnable de la conclusion du législateur qu'une interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression tout en se conformant à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants de la manipulation qu'exerce la publicité. Dans les cas où le gouvernement est en quelque sorte l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de

1989 CanLII 87 (SCC)

AGC0622

claims of competing individuals and groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources which cannot be evaluated by the courts with the same degree of certainty. Thus, while evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. Third, there was no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products.

certitude si les moyens les moins radicaux ont été choisis pour atteindre l'objectif gouvernemental. En revanche, dans les cas où le gouvernement arbitre entre les revendications d'individus ou de groupes opposés, le choix des moyens comme celui des fins exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées, ce que les tribunaux ne peuvent faire avec le même degré de certitude. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixé. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines au nom du principe de l'atteinte minimale et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Troisièmement, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la Loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants.

Per Beetz and McIntyre JJ. (dissenting): Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The promotion of the welfare of children is certainly an objective of pressing and substantial concern for any government, but it has not been shown in this case that their welfare was at risk because of advertising directed at them. Further, the means chosen were not proportional to the objective. A total prohibition of advertising on television aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

Les juges Beetz et McIntyre (dissidents): Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement, mais il n'a pas été démontré en l'espèce que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être. De plus, les moyens choisis ne sont pas proportionnels à l'objectif. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

Freedom of expression is too important a principle to be lightly cast aside or limited. Whether political, religious, artistic or commercial, freedom of expression should not be suppressed except where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for

La liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et

AGC0622

the time necessary for the protection of the community. This is not such a case.

(5) *Fundamental Justice*

Respondent's contention that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be entertained. The proceedings in this case are brought only against the company and not against any individuals. A corporation, unlike its officers, cannot avail itself of the protection offered by s. 7. The word "Everyone" in s. 7, read in light of the rest of the section, excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and includes only human beings.

Cases Cited

By the majority

Applied: *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **considered**: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; Eur. Court H. R., *Handyside* case, decision of 29 April 1976, Series A No. 24; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299.

seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

(5) *Justice fondamentale*

On ne peut retenir la prétention de l'intimée selon laquelle les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Dans la présente espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. À la différence de ses dirigeants, une société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Le mot «Chacun» à l'art. 7, compte tenu du reste de l'article, exclut les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts examinés**: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, décision du 29 avril 1976, série A n° 24; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

1989 CanLII 98

AGC0622

By the minority

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.
Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3(*c*), 17(1)(*a*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 987, 1001 to 1011.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1 [previously S.Q. 1978, c. 6], ss. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 2, 3.
Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.
Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381.

Authors Cited

Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Quebec. Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children. *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*, September 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
Canadian Association of Broadcasters. *Broadcast Code for Advertising to Children*, revised 1984.
Canadian Broadcasting Corporation. *Commercial Acceptance Policy Guideline*.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Broadcast Advertising Handbook: Acts, Regulations, and Guidelines on Broadcast Advertising*. Hull: Supply and Services Canada, 1978.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*. Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Citée par la minorité

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 33.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas-Canada, art. 987, 1001 à 1011.
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 2, 3.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1 [auparavant L.Q. 1978, chap. 6], art. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3*c*), 17(1)*a*).
Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.
Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, chap. 381.

Doctrine citée

Association canadienne des radiodiffuseurs. *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984.
Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Québec. Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants. *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux enfants*, septembre 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Guide de la publicité radiodiffusée: Lois, règlements et directives relatifs à la publicité radiodiffusée*. Hull: Approvisionnements et Services Canada, 1978.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*. Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

1989 CanLII 87 (SCC)

AGC0622

Martin, Peter S. "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act". In Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organization for Economic Cooperation and Development. *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising*. Paris: OECD, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. "Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*". Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *The Consumer Protection Act: Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)*, 1980.

Scanlon, Thomas. "A Theory of Freedom of Expression". In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

Martin, Peter S. «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act». Dans Conférences Memorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires*. Paris: OCDE, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *La loi sur la protection du consommateur: Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans)*, 1980.

Scanlon, Thomas. «A Theory of Freedom of Expression». In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Société Radio-Canada. *Critères de la politique du code publicitaire*.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, setting aside a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 96. Appeal allowed, Beetz and McIntyre JJ. dissenting.

Yves de Montigny and *Richard Tardif*, for the appellant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *Q.C.*, *Luc Martineau* and *Marie-Josée Hogue*, for the respondent.

Pierre Valois and *Gilberte Bechara*, for the intervener Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 96. Pourvoi accueilli, les juges Beetz et McIntyre sont dissidents.

Yves de Montigny et *Richard Tardif*, pour l'appelant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *c.r.*, *Luc Martineau* et *Marie-Josée Hogue*, pour l'intimée.

Pierre Valois et *Gilberte Bechara*, pour l'intervenant Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

AGC0622

Grant S. Garneau, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Joseph J. Arvay and *Jennifer Button*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, Q.C., and *Michel Sylvestre*, for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros and *Diane Lajoie*, for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LAMER AND WILSON JJ.—This appeal raises questions concerning the constitutionality, under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of ss. 248 and 249 of the Quebec *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, respecting the prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal (Kaufman and Jacques JJ.A.; Vallerand J.A. dissenting) on September 18, 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, allowing an appeal from the judgment of Hugessen A.C.J. of the Superior Court for the District of Montreal on January 8, 1982, [1982] C.S. 96, which dismissed the respondent's action for a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were *ultra vires* the legislature of the province of Quebec and subsidiarily that they were inoperative as infringing the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

Grant S. Garneau, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joseph J. Arvay et *Jennifer Button*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, *c.r.*, et *Michel Sylvestre*, pour les intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros et *Diane Lajoie*, pour l'intervenant la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER ET WILSON—Ce pourvoi soulève plusieurs questions relatives à la constitutionnalité, en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de l'al. 2*b*) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, qui interdisent la publicité télévisée destinée à des personnes âgées de moins de treize ans.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kaufman et Jacques; le juge Vallerand étant dissident) rendu le 18 septembre 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, prononcé par le juge en chef adjoint Hugessen le 8 janvier 1982, [1982] C.S. 96, lequel rejetait l'action intentée par l'intimée en vue de faire déclarer *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et, à titre subsidiaire, de les faire déclarer inopérants comme portant atteinte à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12.

1989 CanLII 87 (SCC)

AGC0622

Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the majority of the Court found that freedom of association did not include the right to strike. The activity itself was not within the sphere protected by s. 2(*d*); therefore the government action in restricting it was not contrary to the *Charter*. The same procedure must be followed with respect to an analysis of freedom of expression; the first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression". If the activity is not within s. 2(*b*), the government action obviously cannot be challenged under that section.

The necessity of this first step has been described, with reference to the narrower concept of "freedom of speech", by Frederick Schauer in his work entitled *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) at p. 91:

> We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and . . . something more than merely moving one's tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v.*

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, cette Cour, à la majorité, a conclu que la liberté d'association ne comprenait pas le droit de grève. L'activité elle-même ne relevait pas du champ protégé par l'al. 2*d*); par conséquent, le gouvernement n'enfreignait pas la *Charte* en la restreignant. Il faut faire le même cheminement pour l'analyse de la liberté d'expression; dans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression». Si l'activité ne relève pas de l'al. 2*b*), l'action gouvernementale ne peut évidemment pas être contestée en vertu de cet article.

Frederick Schauer, dans son ouvrage intitulé *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), parle de la nécessité de cette première étape au sujet de la notion plus restreinte de «liberté de parole», à la p. 91:

> [TRADUCTION] Nous tentons d'identifier les choses qu'une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n'englobent évidemment pas la totalité de l'activité humaine mais [. . .] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression

1989 CanLII 87 (SCC)

Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:

> ... is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(*b*) challenge would proceed.

The content of expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression:

était [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté» (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327); pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu» (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306). Et comme la Cour européenne l'affirmait dans l'affaire *Handyside*, Cour Eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24, à la p. 23, la liberté d'expression:

> ... vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique».

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2*b*).

Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression: par

1989 CanLII 87 (SCC)

TAB

12

Case Name:

Mikail v. Canada (Attorney General)

Between
Chimen Mikail, Applicant, and
Attorney General of Canada, Respondent, and
Security Intelligence Review Committee, Intervener

[2012] F.C.J. No. 1076

2012 FC 940

416 F.T.R. 143

Docket T-1463-10

Federal Court
Ottawa, Ontario

O'Reilly J.

Heard: February 1 and 3, 2012.
Judgment: July 31, 2012.

(43 paras.)

Government law -- Crown -- Servants of the Crown -- Agents of the Crown -- Actions by and against Crown -- Abuse of legal power -- Malicious prosecution by Crown servants -- Appeals and judicial review -- Scope of review -- Application for judicial review of Security Intelligence Review Committee's dismissal of her complainant against CSIS agents dismissed -- Applicant complained agents harassed, intimidated and threatened her at home and work -- SIRC found while questioning was aggressive, it was not improper -- Applicant now raised legal and constitutional arguments for first time in court, which was not purpose of judicial review -- SIRC erred in finding CSIS policy on workplace visits was not yet in effect -- However, error inconsequential as agents waited by applicant's vehicle on street and did not actually attend her workplace for questioning.

Professional responsibility -- Regulated professions -- Administration -- Investigation -- Investigation of complaints -- Inquiries and hearings -- Occupations -- Police officers -- Powers -- Application for judicial review of Security Intelligence Review Committee's dismissal of her

complainant against CSIS agents dismissed -- Applicant complained agents harassed, intimidated and threatened her at home and work -- SIRC found while questioning was aggressive, it was not improper -- Applicant now raised legal and constitutional arguments for first time in court, which was not purpose of judicial review -- SIRC erred in finding CSIS policy on workplace visits was not yet in effect -- However, error inconsequential as agents waited by applicant's vehicle on street and did not actually attend her workplace for questioning.

Application for judicial review of the Security Intelligence Review Committee's dismissal of her complaint against CSIS agents. The applicant alleged the agents harassed, intimidated and threatened her at home and work about her background in Turkey, and interfered with her security status. The complaint was dismissed by SIRC, which found the applicant was justifiably alarmed by the manner of questioning, but the agents had not acted improperly. The applicant had been employed full-time in the public service since 2007. During 2005 and 2006, the CSIS agents interviewed the applicant three times at home and once on the street near her workplace. The agents arrived unannounced the first two times, scheduled the third visit and then invited her to coffee. When the applicant declined, the agents waited by her car, which was parked on the street near her workplace. The questioning was centered on the applicant's ex-husband. The agents mentioned the applicant's security status, which she needed to obtain public service employment. SIRC found there was no interference with the applicant's security status by the agents, questioning could be aggressive without being improper and workplace visits were discouraged but could be justified because the agent needed to question the applicant in the absence of her husband. SIRC found the agents were making an accurate statement when they stated that being dishonest could impact the applicant's security status and that it was not improper for them to advise her of this fact. The applicant argued SIRC erred in failing to recognize the legal parameters of the agents' conduct and made unreasonable findings of fact on whether the agents violated CSIS policy on workplace visits.

HELD: Application dismissed. While SIRC had the power to decide legal issues, it did not have an obligation to do so when none had been raised. The applicant's complaint did not suggest that agents violated s. 12 of the Canadian Security Intelligence Service Act or her Charter rights. The applicant acknowledged that agents may have been acting within their lawful authority, but complained they acted improperly. The applicant was raising legal and constitutional arguments for the first time before the court, which was not the purpose of judicial review. SIRC did err in finding CSIS policy on workplace visits was not in effect at the time of the interviews. The policy had been in effect for eight months at that time. However, the error was inconsequential. The policy did not apply as the agents met the applicant on the street. They did not attend her workplace unannounced. Furthermore, even if the policy applied, it recognized that workplace visits were still a legitimate investigative strategy but agents had to use good judgment. Here, the agents gave a valid reason of needing to speak to the applicant away from her husband.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Anti Terrorism Act,

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, R.S.C. 1985, App. II, No. 44, Schedule B, s. 8, s. 9

Canadian Security Intelligence Service Act, RSC, 1985, c. C-23, s. 12, s. 38, s. 40, s. 41, s. 41(1)(b), s. 52(1)

Counsel:

Paul Champ, for the Applicant.

Helen Gray and Abigail Martinez, for the Respondent.

Gordon K. Cameron, for the Intervener.

REASONS FOR JUDGMENT AND JUDGMENT

O'REILLY J.:--

I. Overview

1 Ms. Chimen Mikail laid a complaint against the Canadian Security and Intelligence Service [CSIS] alleging that CSIS agents had intimidated, harassed and threatened her at her home and workplace in the course of questioning her about her background in Turkey. She also alleged that CSIS interfered with her security status. The Security Intelligence Review Committee [SIRC] considered her complaint and dismissed it. SIRC found that, while Ms. Mikail was justifiably alarmed about the way she was questioned, CSIS agents had not acted improperly in the circumstances.

2 Ms. Mikail argues that SIRC's decision failed to recognize the legal parameters that govern the conduct of CSIS agents, particularly the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the *Canadian Security Intelligence Service Act*, RSC 1985, c C-23 [CSIS Act]. She maintains that CSIS agents had no lawful authority to question her repeatedly and, in particular, no business confronting her at her place of work. She also contends that SIRC made an unreasonable finding of fact about whether CSIS violated its own policy on workplace visits. She asks me to quash SIRC's decision and order it to reconsider her complaint.

3 I can find no legal or factual grounds for overturning SIRC's decision and must, therefore, dismiss this application for judicial review. SIRC had no obligation to deal with the legal questions

says, in light of her experience with security agencies in the Middle East, such as the Mukhabarat, who operate without any legal constraints.

24 In sum, Ms. Mikail maintains that SIRC did not give any consideration to the legal parameters that govern the conduct of CSIS agents and, therefore, its decision dismissing her claim should be quashed because it was based on errors of law.

25 I cannot agree with Ms. Mikail's submissions.

26 Generally speaking, SIRC's mandate is to investigate complaints, review the manner in which CSIS performs its functions and direct CSIS, or its Inspector General, to conduct a review of specific activities of CSIS (CSIS Act, ss 38, 40). While the CSIS Act does not specifically grant SIRC the power to decide legal questions, it must, in order to carry out its mandate, have jurisdiction to apply prevailing laws, including the Charter (*Procureur général du Canada c Hani Al Telbani*, 2012 CF 474, at para 105). In particular, SIRC has jurisdiction to determine whether CSIS agents have complied with the law.

27 However, while SIRC can decide legal issues, its mandate is broader than that. Any person can complain to SIRC about any "act or thing" done by CSIS (CSIS Act, s 41). SIRC must investigate all complaints that are not "trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith" (CSIS Act, s 41(1)(*b*)). It must then report its findings and make any recommendations it considers appropriate in the circumstances (CSIS Act, s 52(1)).

28 Accordingly, SIRC's powers include deciding questions of law, but are not confined to legal issues. If a complainant maintains, for example, that CSIS has acted unlawfully, SIRC no doubt must decide the legal questions that arise out of that complaint. Failure to do so would give rise to a valid basis for judicial review of SIRC's decision. On the other hand, where a person complains about some "act or thing" CSIS has done, but does not allege a violation of the law, SIRC must respond to the substance of the complaint. It would not necessarily have to consider whether CSIS's conduct was unlawful. CSIS could be acting improperly even though it was within the bounds of the law.

29 Here, Ms. Mikail complained to SIRC that CSIS agents had interfered with her security status and had behaved in a coercive, harassing and intimidating manner. She did not suggest that the agents had violated s 12 of the CSIS Act, or that they had infringed her Charter rights. Ms. Mikail alluded to the possibility that the agents had engaged in criminal harassment, but acknowledged that they may have been acting within their lawful authority. She argued that, notwithstanding that authority, the agents had acted improperly.

30 SIRC reviewed a substantial body of evidence relating to the circumstances surrounding the encounters between Ms. Mikail and CSIS agents, including her testimony, the agents' testimony, written reports of the various interviews, and documentary evidence from a variety of sources. It concluded that the agents had not acted inappropriately. None having been specifically raised, it did

not decide any questions of law.

31 Therefore, I cannot agree with Ms. Mikail's contention that SIRC was obliged to determine the legal parameters that define the proper scope of CSIS's agents' conduct in response to her complaint. Nor is that a valid basis on which to seek to overturn SIRC's decision. The power to decide legal issues does not create an obligation to do so when none have been raised.

32 In addition, applicants for judicial review cannot, generally speaking, raise issues that were not put before the tribunal whose decision is under review, particularly constitutional questions. Ms. Mikail points to an oblique reference to the Constitution in her counsel's closing arguments to SIRC and suggests that that was sufficient to create a duty on SIRC to decide whether her Charter rights had been violated. To my mind, this general submission was not a sufficient foundation for a Charter argument. SIRC could not have been expected to imagine what provisions of the Constitution Ms. Mikail was purporting to rely on, anticipate the submissions that might have been made in respect of those provisions, and provide a detailed constitutional analysis in its reasons, without full argument on the point.

33 Further, the necessary factual foundation for the alleged Charter breaches had not been laid. For example, there was no evidence before SIRC to support a claim that CSIS agents had intruded on Ms. Mikail's reasonable expectations of privacy by tracking her to her place of employment. Nor was there evidence that Ms. Mikail, psychologically speaking, was detained when a CSIS agent met her by her car and posed a few questions. Accordingly, the necessary factual foundation for Ms. Mikail's Charter arguments was not established before SIRC. In the circumstances, SIRC could not respond meaningfully to any constitutional issues rising from Ms. Mikail's complaint, even if Ms. Mikail had urged it to do so, which she did not. Further, the lack of a factual record also prevents me from addressing those issues. (*Canada (Justice) v Khadr*, 2008 SCC 29, at para 15; *AA v BB* (2007), 83 OR (3d) 561 (ONCA).

34 In effect, therefore, Ms. Mikail is raising her legal and constitutional arguments for the first time before me. With rare exceptions, it is not the role of the Court on judicial review to address issues that were not before the tribunal whose decision is contested (*Toussaint v Canada (Labour Relations Board),* [1993] F.C.J. No. 616, at para 6; *Poirier v Canada (Minister of Veterans Affairs),* [1989] 3 FC 233, at para 16). Since SIRC does have jurisdiction to decide legal issues, including Charter arguments, Ms. Mikail should have raised her legal arguments before SIRC. It could then have ensured that the necessary evidence was presented and that full submissions on them were heard. Only then could it have responded to them in a meaningful way.

35 Therefore, I need not deal with the substance of Ms. Mikail's arguments in respect of alleged breaches of the CSIS Act and the Charter. Those arguments were not presented in the hearing before SIRC. SIRC did not, therefore, have a proper opportunity to consider them. Accordingly, Ms. Mikail's legal arguments before me do not present valid grounds for allowing her application for judicial review.

TAB

13

O'Neill et al. v. The Attorney General of Canada
[O'Neill v. Canada (Attorney General)]

82 O.R. (3d) 241

Ontario Superior Court of Justice,

Ratushny J.

October 19, 2006

Charter of Rights and Freedoms -- Freedom of expression -- Provisions of Security of Information Act which make it criminal offence to communicate, possess and retain "secret official" and "official" information violate s. 2(b) of Charter and are not saved under s. 1 of Charter -- These provisions are of no force or effect -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5, ss. 4(1)(a), 4(3), 4(4)(b).

Charter of Rights and Freedoms -- Freedom of the press -- Government alleging criminal offences under Security of Information Act against journalist and obtaining search warrants for her home and office in order to intimidate her into revealing source of leak of information -- Government actions constitute abuse of process and violate freedom of the press -- Search warrants are quashed and seized materials must be returned -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 24(1) -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5.

Charter of Rights and Freedoms -- Fundamental justice -- Mens rea -- Sections 4(1)(a) and 4(4)(b) of Security of Information Act make it criminal offence to communicate, possess and retain "secret official" and "official" information -- Offence under s. 4 is punishable by up to 14 years' imprisonment -- Offences in ss. 4(1)(a) and 4(4)(b) are "true crimes" -- Offences [except for possession of prohibited thing "without lawful excuse" under s. 4(4)(b)] impose criminal liability without fault -- These provisions violate s. 7 of Charter and are not saved under s. 1 of Charter -- Provisions are of no force or effect -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5, ss. 4(1)(a), 4(4)(b).

Charter of Rights and Freedoms -- Fundamental justice -- Overbreadth -- Provisions of Security of Information Act which make it criminal offence to communicate, possess and retain "secret official" and "official" information are overbroad -- Provisions violate s. 7 of Charter and are not saved under s. 1 of Charter -- Provisions are of no force or effect -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5, ss. 4(1) (a), 4(3), 4(4)(b).

Charter of Rights and Freedoms -- Fundamental justice -- Vagueness -- Provisions of Security of Information Act which make it criminal offence to communicate, possess and retain "secret official" and "official" information are impermissibly vague -- Provisions violate s. 7 of Charter and are not saved under s. 1 of Charter -- Provisions are of no force or effect -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5, ss. 4(1)(a), 4(3), 4(4)(b).

Charter of Rights and Freedoms -- Unreasonable search and seizure -- Search with warrant -- Government alleging criminal offences under Security of Information Act against journalist and obtaining search warrants for her home and office in order to intimidate her into revealing source of leak of information -- No jurisdictional error in issuance of warrants -- Warrants do not violate s. 8 or s. 2(b) of Charter -- Canadian [page242] Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8 -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5.

Criminal law -- Abuse of process -- Government alleging criminal offences under Security of Information Act against journalist and obtaining search warrants for her home and office in order to intimidate her into revealing source of leak of information -- Government actions constitute abuse of process -- Search warrants quashed and seized materials must be returned -- Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5.

The applicant journalist ("O") wrote a news article, which was published in the applicant newspaper, concerning Maher Arar, a Syrian-born Canadian citizen who was arrested and deported to Syria by American authorities. The R.C.M.P. suspected that there had been an unauthorized leak of information to O. Search warrants were obtained and executed at O's home and at the office of the applicant newspaper in the course of an investigation into alleged violations of ss. 4(1) (a), 4(3) and 4(4)(b) of the Security of Information Act ("SOIA"). Generally, s. 4 of the SOIA makes it a criminal offence to communicate, possess and retain "secret official" and "official" information. No charges were laid against the applicants. The applicants brought an application challenging the validity of the searches and seizures on three grounds: ss. 4(1)(a), 4(3) and 4(4)(b) of the SOIA violate ss. 7 and 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; the issuance and execution of the search warrants constituted an abuse of process; and the search warrants were invalid.

Held, the application should be granted.

The impugned provisions of the SOIA violate s. 7 of the Charter in that they are overbroad. The provisions are intended to criminalize, and therefore deter and protect against, the unauthorized release of government information that carries with it some element of harm to the national interest if released, causing it to be categorized as "secret official" or "official". There is no definition in the SOIA of the terms "secret official", "official", "lawful authority" or "authorized". Regardless of whatever classification system the Government of Canada might employ by way of its administrative policies applying to its employees and officials, there is no classification system made applicable by law, as opposed to an administrative guideline, to the impugned sections of the SOIA to assist in determining their meaning. The sections are, therefore, standardless, with the

result that they are facially meaningless. In their present state, the impugned sections give the state the unfettered ability to protect whatever information it chooses to classify as "secret official" or "official" or unauthorized for disclosure, and to punish by way of a criminal offence those "speakers", "receivers" and "listeners" who come within that protected sphere. The means suggested by the Crown could not save the impugned sections from their overbreadth. The Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1 is not a statute that can be used to limit the Act except, potentially, for civil servants and only then in relation to written records. The general availability of a public interest defence for the SOIA offences created by the impugned sections is speculative. Reliance upon the judicious application of prosecutorial discretion in respect of those offences can only provide an insecure safety net when that prosecutorial discretion is unlimited and unguided by the legislation.

The impugned provisions of the Act also violate s. 7 of the Charter in that they are impermissibly vague. Because the sections fail to define what is caught by "secret official" and "official" information, individuals, and particularly those who are not bound by government policy guidelines, are unable to know from the impugned sections when they are approaching the boundaries of criminal [page243] sanction and unable to make a considered evaluation of whether their conduct is likely to be criminal or not. Similarly, the lack of delineation of a zone of risk by those sections gives no guidance to law enforcement officials in determining whether a crime has been committed; the result is that there are no controls on the exercise of their discretion, and there is a danger of arbitrary and ad hoc law enforcement.

Sections 4(1)(a) and 4(4)(b) of the SOIA expose those convicted of an offence to the possibility of a prison sentence of up to 14 years. These offences are "true crimes". As a matter of fundamental justice, then, the offences must include a fault or mens rea requirement. There is no requirement by the words of s. 4(1)(a) that the possessor or communicator know or have reasonable grounds to believe that he or she has had possession of a prohibited thing or is without authorization. Section 4(1)(a) imposes no requirement of any element of fault, either subjective or objective. Instead, it imposes criminal liability solely on the basis of the accused's act of communicating the prohibited thing. Accordingly, s. 4(1)(a) violates s. 7 of the Charter.

With respect to s. 4(4)(b), there are a number of offences comprised within that subsection, each having a different actus reus. There is possession of a prohibited thing, communication of a prohibited thing, possession of a prohibited thing and the retained possession of a prohibited thing. Only the act of possession of a prohibited thing includes some kind of element of fault by the use of the words "without lawful excuse". The other offences within that subsection impose criminal liability solely on the basis of the accused's commission of the prohibited act; as such the offences of possession, communication and retaining possession violate s. 7 of the Charter.

The Crown conceded that the impugned provisions restrict freedom of expression contrary to s. 2(b) of the Charter.

A law that is unconstitutionally vague cannot amount to a "limit prescribed by law" or constitute a "reasonable" limit prescribed by law so as to be justifiable under s. 1 of the Charter. In any case, the impugned provisions are not justified under s. 1. Their purpose is pressing and substantial, but the overbreadth and vagueness of the sections do not pass the rational connection aspect of the proportionality test. The provisions have not been well tailored to suit their purpose. They arbitrarily and unfairly and with a blunt club of criminal sanction restrict freedom of expression, including freedom of the press. For the same reasons, neither is the second aspect of the proportionality test, that the impugned measures minimally impair ss. 7 and 2(b) Charter rights, satisfied. If the impugned provisions are not rationally connected to Parliament's objective and do not minimally impair Charter rights, the state has not proven on a balance of probabilities that the infringements are demonstrably justifiable in a free and democratic society. Sections 4(1)(a), 4(3) and 4(4)(b) of the SOIA are of no force or effect.

The applicants established on a balance of probabilities that the search warrants, and particularly the allegations of criminality against O, were used to gain access to O for the purpose of intimidating her into compromising her constitutional right of freedom of the press: that is, to reveal her confidential source or sources of the prohibited information. It was reasonable to infer that the warrants were obtained and executed primarily for purposes other than the enforcement of the SOIA against O, and that their purpose, instead, was to uncover the source of the leaks. That constituted abusive conduct and intimidation of the press. The R.C.M.P. actions so offended the public's sense of decency and fairness that the integrity of the judicial process was undermined. The obtaining [page244] and execution of the search warrants amounted to an abuse of process and a violation of freedom of the press. The appropriate remedy was to quash the search warrants and to order the return of the things seized.

The issuing justice did not fall into jurisdictional error in issuing the search warrants, and the warrants were not issued in violation of ss. 8 and 2(b) of the Charter. The constitutional defects of the SOIA leakage offences had no effect on the jurisdiction of the issuing justice. As the documents sought by the warrant documentation related to an alleged offence by the press itself, this fact necessarily affected the balancing between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the person whose premises would be the subject of the intended search. The issuing judge was entitled to balance privacy interests and freedom of the press. O was named as having committed two of the three alleged offences, and the issuing judge would have understood that the search was necessary to obtain evidence against her. Because O was implicated in the offences being investigated, s. 2(b) of the Charter could not shield her from a search and seizure related to that investigation. The issuing justice had before him some reliable evidence that might reasonably be believed as to the requisite reasonable and probable grounds regarding the alleged offences and the places and things to be searched and upon which he could have exercised his discretion and issued the warrants. The warrants complied with s. 487 of the Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 and were valid on their face.

Cases referred to

Osborne v. Canada (Treasury Board), [1991] 2 S.C.R. 69, [1991] S.C.J. No. 45, 41 F.T.R. 239n, 82 D.L.R. (4th) 321, 125 N.R. 241, 4 C.R.R. (2d) 30, 37 C.C.E.L. 135, 91 C.L.L.C. Â14,026; R. v. Oakes (1986), 53 O.R. (2d) 719n, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7, 14 O.A.C. 335, 26 D.L.R. (4th) 200, 65 N.R. 87, 19 C.R.R. 308, 24 C.C.C. (3d) 321, 50 C.R. (3d) 1, apld

R. v. Dobney Foundry Ltd. (No. 2), [1985] B.C.J. No. 2252, [1985] 3 W.W.R. 626, 19 C.C.C. (3d) 465, 6 C.P.R. (3d) 195 (C.A.); R. v. Vincent, [1996] Q.J. No. 2210, 140 D.L.R. (4th) 330, 110 C.C.C. (3d) 460 (C.A.), consd

R. v. Toronto Sun Publishing Co. (1979), 24 O.R. (2d) 621, [1979] O.J. No. 4228 (Prov. Ct. (Crim. Div.)), distd

Other cases referred to

Application Under s. 83.28 of the Criminal Code (Re), [2004] 2 S.C.R. 248, [2004] S.C.J. No. 40, 240 D.L.R. (4th) 81, 322 N.R. 205, [2005] 2 W.W.R. 605, 121 C.R.R. (2d) 1, 185 C.C.C. (3d) 449, 2004 SCC 42, 33 B.C.L.R. (4th) 195, 21 C.R. (6th) 82 (sub nom. R. v. Bagri); Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex, [2002] 2 S.C.R. 559, [2002] S.C.J. No. 43, 100 B.C.L.R. (3d) 1, 212 D.L.R. (4th) 1, 287 N.R. 248, [2002] 5 W.W.R. 1, 93 C.R.R. (2d) 189, 18 C.P.R. (4th) 289, 2002 SCC 42; Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307, [2000] S.C.J. No. 43, 81 B.C.L.R. (3d) 1, 190 D.L.R. (4th) 513, 260 N.R. 1, [2000] 10 W.W.R. 567, 77 C.R.R. (2d) 189, 2000 C.L.L.C. Â230-040, 2000 SCC 44, 3 C.C.E.L. (3d) 165; British Columbia v. Pacific Press Ltd. (1977), 37 C.C.C. (2d) 487, [1977] 5 W.W.R. 507 (B.C.S.C.); Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892, [1990] S.C.J. No. 129, 75 D.L.R. (4th) 577, 117 N.R. 191, 3 C.R.R. (2d) 116; Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister), [1992] F.C.J. No. 1054, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.); Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard, [1991] 3 S.C.R. 421, [1991] S.C.J. No. 87, 130 N.R. 321, 7 C.R.R. (2d) 244, 67 C.C.C. (3d) 517, 9 C.R. (4th) 133; Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 3 S.C.R. 480, [1996] S.C.J. No. 38, 182 N.B.R. (2d) 81, 139 D.L.R. (4th) 385, 203 N.R. 169, 463 A.P.R. 81, 39 C.R.R. (2d) 189, 110 C.C.C. (3d) 193, 2 C.R. (5th) 1; [page245] Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), [1991] 3 S.C.R. 459, [1991] S.C.J. No. 88, 119 N.B.R. (2d) 271, 85 D.L.R. (4th) 57, 130 N.R. 362, 7 C.R.R. (2d) 270, 67 C.C.C. (3d) 544, 9 C.R. (4th) 192; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, [2004] S.C.J. No. 6, 234 D.L.R. (4th) 257, 315 N.R. 201, 115 C.R.R. (2d) 88, 180 C.C.C. (3d) 353, 46 R.F.L. (5th) 1, 2004 SCC 4, 16 C.R. (6th) 203; CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General), [1999] 1 S.C.R. 743, [1999] S.C.J. No. 87, 171 D.L.R. (4th) 733, 237 N.R. 373, 133 C.C.C. (3d) 426, 23 C.R. (5th) 259; Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326, [1989] S.C.J. No. 124, 71 Alta. L.R. (2d) 273, 64 D.L.R. (4th) 577, 102 N.R. 321, [1990] 1 W.W.R. 577, 45 C.R.R. 1, 41 C.P.C. (2d) 109; Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, [1984] S.C.J. No. 36, 33 Alta. L.R. (2d) 193, 11 D.L.R. (4th) 641, 55 N.R. 241, [1984]

6 W.W.R. 577, 9 C.R.R. 355, 27 B.L.R. 297, 14 C.C.C. (3d) 97, 2 C.P.R. (3d) 1, 41 C.R. (3d) 97, 84 DTC 6467; Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, [1989] S.C.J. No. 36, 24 Q.A.C. 2, 58 D.L.R. (4th) 577, 94 N.R. 167, 39 C.R.R. 193, 25 C.P.R. (3d) 417; R. v. Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, [2000] S.C.J. No. 65, 193 D.L.R. (4th) 440, 262 N.R. 346, 79 C.R.R. (2d) 1, 149 C.C.C. (3d) 449, 38 C.R. (5th) 307, 2000 SCC 65; R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, [1985] S.C.J. No. 17, 37 Alta. L.R. (2d) 97, 18 D.L.R. (4th) 321, 58 N.R. 81, [1985] 3 W.W.R. 481, 13 C.R.R. 64, 18 C.C.C. (3d) 385, 85 C.L.L.C. Â14,023; R. v. Campbell (1999), 42 O.R. (3d) 800n, [1999] 1 S.C.R. 565, [1999] S.C.J. No. 16, 171 D.L.R. (4th) 193, 237 N.R. 86, 133 C.C.C. (3d) 257, 24 C.R. (5th) 365; R. v. Chapman (1984), 46 O.R. (2d) 65, [1984] O.J. No. 3178, 3 O.A.C. 79, 9 D.L.R. (4th) 244, 11 C.R.R. 311, 12 C.C.C. (3d) 1 (C.A.); R. v. Church of Scientology (No. 6), [1987] O.J. No. 64, 18 O.A.C. 321, 30 C.R.R. 238, 31 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); R. v. Demers, [2004] 2 S.C.R. 489, [2004] S.C.J. No. 43, 240 D.L.R. (4th) 629, 323 N.R. 201, 120 C.R.R. (2d) 327, 185 C.C.C. (3d) 257, 2004 SCC 46, 20 C.R. (6th) 241; R. v. Edwards Books and Art Ltd. (1986), 58 O.R. (2d) 442, [1986] 2 S.C.R. 713, [1986] S.C.J. No. 70, 19 O.A.C. 239, 35 D.L.R. (4th) 1, 71 N.R. 161, 28 C.R.R. 1, 30 C.C.C. (3d) 385, 87 C.L.L.C. 14,001, 55 C.R. (3d) 193; R. v. Garofoli, [1990] 2 S.C.R. 1421, [1990] S.C.J. No. 115, 43 O.A.C. 1, 116 N.R. 241, 50 C.R.R. 206, 60 C.C.C. (3d) 161, 80 C.R. (3d) 317; R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761, [1994] S.C.J. No. 101, 120 D.L.R. (4th) 348, 174 N.R. 81, 24 C.R.R. (2d) 189, 94 C.C.C. (3d) 481, 34 C.R. (4th) 133; R. v. Hundal, [1993] 1 S.C.R. 867, [1993] S.C.J. No. 29, 149 N.R. 189, 14 C.R.R. (2d) 19, 79 C.C.C. (3d) 97, 19 C.R. (4th) 169, 43 M.V.R. (2d) 169; R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, [1990] S.C.J. No. 131, 77 Alta. L.R. (2d) 193, 117 N.R. 1, [1991] 2 W.W.R. 1, 3 C.R.R. (2d) 193, 61 C.C.C. (3d) 1, 1 C.R. (4th) 129; R. v. La, [1997] 2 S.C.R. 680, [1997] S.C.J. No. 30, 51 Alta. L.R. (3d) 181, 148 D.L.R. (4th) 608, 213 N.R. 1, [1997] 8 W.W.R. 1, 44 C.R.R. (2d) 262, 116 C.C.C. (3d) 97, 8 C.R. (5th) 155; R. v. Lucas, [1998] 1 S.C.R. 439, [1998] S.C.J. No. 28, 163 Sask. R. 161, 157 D.L.R. (4th) 423, 224 N.R. 161, 165 W.A.C. 161, [1999] 4 W.W.R. 589, 50 C.R.R. (2d) 69, 123 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (5th) 237; R. v. Morales, [1992] 3 S.C.R. 711, [1992] S.C.J. No. 98, 144 N.R. 176, 12 C.R.R. (2d) 31, 77 C.C.C. (3d) 91, 17 C.R. (4th) 74; R. v. O'Connor, [1995] 4 S.C.R. 411, [1995] S.C.J. No. 98, 130 D.L.R. (4th) 235, 191 N.R. 1, [1996] 2 W.W.R. 153, 33 C.R.R. (2d) 1, 103 C.C.C. (3d) 1, 44 C.R. (4th) 1; R. v. Regan, [2002] 1 S.C.R. 297, [2002] S.C.J. No. 14, 201 N.S.R. (2d) 63, 209 D.L.R. (4th) 41, 282 N.R. 1, 629 A.P.R. 63, 91 C.R.R. (2d) 51, 161 C.C.C. (3d) 97, 49 C.R. (5th) 1, 2002 SCC 12; R. v. Rose, [1947] 3 D.L.R. 618, 87 C.C.C. 114 (Que. K.B.); R. v. Sanchez (1994), 20 O.R. (3d) 468, [1994] O.J. No. 2260, 93 C.C.C. (3d) 357, 32 C.R. (4th) 269 (Gen. Div.); R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, [2001] S.C.J. No. 3, 88 B.C.L.R. (3d) 1, 194 D.L.R. (4th) 1, [2001] 6 W.W.R. 1, 86 C.R.R. (2d) 1, 150 C.C.C. (3d) 321, 39 C.R. (5th) 72, 2001 SCC 2; R. v. Treu (1979), 49 C.C.C. (2d) 222, 104 D.L.R. (3d) 524 (Que. C.A.); R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636, [1987] S.C.J. No. 83, 68 Nfld. & P.E.I.R. 281, 47 D.L.R. (4th) 399, 81 N.R. 115, 209 A.P.R. 281, 32 C.R.R. 18, 39 C.C.C. (3d) 118, 60 C.R. (3d) 289; [page246] R. v. Wholesale Travel Group Inc. (1991), 4 O.R. (3d) 799n, [1991] 3 S.C.R. 154, [1991] S.C.J. No. 79, 49 O.A.C. 161, 84 D.L.R. (4th) 161, 130 N.R. 1, 7 C.R.R. (2d) 36, 67 C.C.C. (3d) 193, 38 C.P.R. (3d) 451, 8 C.R. (4th) 145; R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731, [1992] S.C.J. No. 70, 95 D.L.R. (4th) 202, 140 N.R. 1, 10 C.R.R. (2d) 193, 75 C.C.C. (3d) 449, 16 C.R. (4th) 1; Reference re

Motor Vehicle Act (British Columbia) S 94(2), [1985] 2 S.C.R. 486, [1985] S.C.J. No. 73, 69 B.C.L.R. 145, 24 D.L.R. (4th) 536, 63 N.R. 266, [1986] 1 W.W.R. 481, 18 C.R.R. 30, 23 C.C.C. (3d) 289, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240; Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, [1990] S.C.J. No. 52, 68 Man. R. (2d) 1, 109 N.R. 81, [1990] 4 W.W.R. 481, 48 C.R.R. 1, 56 C.C.C. (3d) 65, 77 C.R. (3d) 1

Statutes referred to

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 [as am.], 74
Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41
Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 30 [as am.]
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7-10, 24
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 121, 181, 487 [as am.]
Constitution Act, 1982, s. 52
Official Secrets Act, 1889 (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 52, ss. 1, 2
Official Secrets Act 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. V, c. 28, s. 2
Official Secrets Act 1920 (U.K.), 10 & 11 Geo. V, c. 75, s. 2
Official Secrets Act, 1939, S.C. 1939, c. 49, s. 4
Official Secrets Act, 1989 (U.K.), 1989, c. 6
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 19 [as am.]
Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5 [as am.], ss. 4, 4(1)(a), 4(3), 4(4)(b), 15 [as am.], 27 [as am.]

Authorities referred to

Canada, Department of Justice, Federal Prosecution Service Deskbook, Chapter 15, "The Decision to Prosecute" <http:// www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/fpd/ch15.html>
Canada, Law Reform Commission, Crimes Against the State, Working Paper 49 (1986)
Canada, Report of the Royal Commission on Security, H.W. Mackenzie, Chair (Ottawa: Queen's Printer, 1969)
Cripps, Y., "Disclosure in the Public Interest: The Predicament of the Public Sector Employee" (1983) P.L. 600
Hocking, B.A., "What Lies in the Public Interest? A Legal History of the Official Secrets Act in Britain" (1993) 9 Queensland University of Technology Law Journal 31
Kwong, A., "A Duty to Communicate: The Public Interest Defence to Offences under Section 5 of the Official Secrets Act" (1999) Sing. L. Rev. 177
MacDonald Commission of Inquiry concerning certain activities of the Royal Canadian Mounted Police, First Report (October 9, 1979)
Ontario Law Reform Commission, Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees (1986)
Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911 (London: Her Majesty's Stationer's Office,

1988)
Treasury Board Secretariat, Government Security Policy <www.tbs-sct.gc.ca>
Treasury Board Secretariat, Operational Standard for the Security of Information Act
www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/gospubs/tbm_12a/siglist_e.asp [page247]

APPLICATION for an order declaring sections of the Security of Information Act to be unconstitutional and for an order quashing search warrants.

Richard G. Dearden, Wendy J. Wagner and David M. Paciocco, for applicants.

Robert J. Frater, Marian Bryant and Steve White, for respondent.

Edith Cody-Rice, for intervenor Canadian Broadcasting Corporation.

Stuart Svonkin, for intervenor Canadian Civil Liberties Association.

---

[1] **RATUSHNY J.**: -- The issues in this case arise out of two searches and seizures conducted by the R.C.M.P. at a journalist's home and newspaper's office in the course of its investigation of alleged criminal offences under s. 4 of the Security of Information Act, R.S.C. 1985, c. O-5 [as am.] (the "SOIA") regarding unauthorized "leaks" of "secret official" government information.

[2] The applicant Juliet O'Neill ("O'Neill") is a journalist writing for the Ottawa Citizen newspaper. The applicant Ottawa Citizen Group Inc. was the publisher of the Ottawa Citizen at the material time.

[3] The allegations of unauthorized leaks arose out of a news article (the "O'Neill article") written by O'Neill and published in the Ottawa Citizen on November 8, 2003 concerning Maher Arar, a Syrian-born Canadian citizen whom American authorities had arrested and deported to Syria in September 2002.

[4] On January 20, 2004, the R.C.M.P. obtained two search warrants to search O'Neill's home and an Ottawa Citizen office used by her. These warrants were issued by a justice of the peace in support of a criminal investigation into alleged violations of ss. 4(1)(a), 4(3) and 4(4)(b) of the SOIA concerning the communication of "secret official" information and its subsequent receipt and retention. O'Neill was named as having committed the receipt and retention offences under the latter two sections of the SOIA. The searches occurred on January 21, 2004 and resulted in the seizure of documents and computer information. No charges have been laid to date.

access to O'Neill for the purpose of intimidating her into compromising her constitutional right of freedom of the press, namely, to reveal her confidential source or sources of the prohibited information. In other words, I am satisfied that it is reasonable to infer that the Warrants were obtained and executed primarily for purposes other than the enforcement of the SOIA against O'Neill and that their purpose, instead, was to uncover the source of the leaks.

[155] I make these inferences on the basis of the para. 14 finding above indicating that the SOIA investigation began shortly after the O'Neill article was published and also on the basis of the other findings referred to above indicating that O'Neill became an early target of that investigation. The clear purpose of the investigation was to uncover the source of the unauthorized leak or leaks. The R.C.M.P. acknowledged this at the start of the SOIA investigation and in the Warrant Documentation. The findings referred to above point to a reasonable inference that approximately two weeks after the SOIA investigation had begun the R.C.M.P. had focused some of its investigative efforts on uncovering the name of O'Neill's confidential sources as a means of achieving its purpose. It knew at the very genesis of the SOIA investigation, sometime in the week following the publication of the O'Neill article, that there could be issues of privilege involved for a reporter's source. I think it reasonable to infer, particularly given the governmental pressure that was being exerted at that time and the November 18, 2003 communication referred to in the para. 19 finding above, that the R.C.M.P. quickly turned to [page285] and kept in its sights an easy target from whom it could discover that source, i.e., the "publishers of secret information". The R.C.M.P. then alleged that one of those "publishers" had committed criminal offences, which it had a right to do under the SOIA, but it did this when its declared investigative purpose was simply to uncover the source of the leaks.

[156] As the applicants have stated, "O'Neill [was] not the focus of the investigation, but instead, an after-the-fact casualty of the resolve of some senior administrators in the R.C.M.P. to discover the source of embarrassing leaks". This is a reasonable inference from the facts.

[157] In summary, it is the allegation of criminality against O'Neill in the Warrants that is the abusive conduct in this case and that amounts to an intimidation of the press and an infringement of the constitutional right of freedom of the press.

[158] The next issue is whether these actions of the R.C.M.P. amount to conduct that offends the public's sense of decency and fairness such that it undermines the integrity of the judicial process.

[159] I find that it does, even though the original culprit for this abusive conduct is the SOIA and its leakage provisions, allowing the R.C.M.P. to lawfully allege criminal actions against the press in these circumstances and thereby gain "leverage" against the press in its quest to uncover the source of the leaks. As I have indicated before, the evidence before me does not allow for an inference of improper purpose on the part of the R.C.M.P. to "shut down" the media in reporting the damaging leaks, but it is the spectre of law enforcement officials being able, by virtue of the leakage provisions of the SOIA, to threaten criminal charges so as to uncover a reporter's confidential

source and thereby effect a "chill", even unintended, on the right of freedom of expression and of the press that undermines the integrity of the judicial process.

[160] In Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard, [1991] 3 S.C.R. 421, [1991] S.C.J. No. 87, at paras. 2 and 3, La Forest J. spoke of the importance of protecting a reporter's sources as part of the constitutionally protected freedom of the press:

> [T]he freedom to disseminate information would be of little value if the freedom under s. 2(b) did not also encompass the right to gather news and other information without undue governmental interference.
>
> I have little doubt, too, that the gathering of information could in many circumstances be seriously inhibited if government had too ready access to information in the hands of the media. That someone might be deterred from providing information to a journalist because his or her identity could be revealed seems to me to be self-evident. [page286]

[161] At para. 7, La Forest J. commented on the Pacific Press case (British Columbia v. Pacific Press Ltd. (1977), 37 C.C.C. (2d) 487, [1977] 5 W.W.R. 507 (B.C.S.C.)), where reporters' handwritten notes and a reporter's "contact book" had also been seized in the search, and commented:

> The press should not be turned into an investigative arm of the police. The fear that the police can easily gain access to a reporter's notes could well hamper the ability of the press to gather information. I would think that, barring exigent circumstances, the seizure of items of this nature should only be permitted when it is clear that all reasonable alternative sources have been exhausted.

[162] In the concurrent case of Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), [1991] 3 S.C.R. 459, [1991] S.C.J. No. 88, at para. 44, Cory J. summarized the factors to be considered by a justice of the peace on an application for a search warrant for media premises. He stated, in part:

> (2) Once the statutory conditions [under s. 486(1)(b) of the Criminal Code] have been met, the justice of the peace should consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant.
>
> (3) The justice of the peace 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. It must be borne in mind that the media play a vital role in the functioning of a democratic society. Generally

TAB

14

Case Name:

Mahjoub (Re)

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to subsection 77(1) of the IRPA AND IN THE MATTER OF Mohamed Zeki Mahjoub

[2013] F.C.J. No. 1217

[2013] A.C.F. no 1217

2013 FC 1096

2013 CF 1096

2013 CarswellNat 6396

244 A.C.W.S. (3d) 232

457 F.T.R. 1

Docket DES-7-08

Federal Court
Ottawa, Ontario

Blanchard J.

Heard: October 12, 13, 15, 18-22, 25-27; November 1, 2, 23-25, 29-30, December 1, 6-8, 14-15, 2010; January 10-12, 17, 19-21, June 2-3, 9, 13-15, 17, 20-21, 27-29, July 4-8, 11-14, 2011; July 24-26, August 1, 8, September 6, 9-12, November 26-30, December 3-4, 6-7 and 10, 2012.
Judgment: October 25, 2013.

(190 paras.)

Constitutional law -- Constitutional validity of legislation -- Level of government -- Federal legislation -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Constitutional law -- Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Legal rights -- Life, liberty and security of person -- Privacy -- Protection against unreasonable search and seizure -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Criminal law -- Criminal Code offences -- Offences against public order -- Offences in relation to terrorism -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Criminal law -- Powers of search and seizure -- Search warrants -- Validity -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Criminal law -- Constitutional issues -- Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Legal rights

-- Life, liberty and security of person -- Privacy -- Protection against unreasonable search and seizure -- Remedies for denial of rights -- Specific remedies -- Exclusion of evidence -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Government law -- Access to information and privacy -- Protection of privacy -- Disclosure or release of information -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Immigration law -- Exclusion (Inadmissible persons) -- Grounds for inadmissibility -- Security -- Inadmissibility findings -- Practice -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Immigration law -- Removal and deportation -- Removal from Canada -- Security certificate -- Motion by named person in security certificate proceedings to exclude evidence dismissed -- Named person had been certified as inadmissible to Canada on grounds of national security in relation to terrorist groups and activities -- Named person challenged validity of warrants and CSIS Act -- Impugned sections of CSIS Act were not unconstitutional -- Lawfulness of warrants could be challenged, but were not unlawful -- Warrants could have been issued but for information believed obtained by torture and satisfied Act requirements -- Scope of warrants extended to searches and materials seized -- Evidence was admissible -- Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23, 24.

Motion by a named person in security certificate proceedings to exclude evidence. The named person had been certified as inadmissible to Canada on the grounds of national security in relation to his potential connection to terrorist groups and activities. In support of the security certificate, evidence was adduced that was obtained from warrants under s. 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act ("CSIS Act"). The named person challenged the constitutional validity of the warrants and of ss. 2, 6, 12, 17, 21, 22, 23 and 24 of the CSIS Act, and asserted the inadmissibility of the evidence. The issues were whether: 1) provisions of the CSIS Act were unconstitutional; 2) the lawfulness of the s. 21 warrants could be challenged; 3) the s. 21 warrants were themselves unlawful; 4) unauthorized searches and seizures had been conducted, and; 5) if evidence was unlawful, it should be admitted under s. 24(2).

HELD: Motion dismissed. On the first issue, ss. 2 and 12 of the CSIS Act, specifically the term "threats to the security of Canada", were not vague and overbroad. The provisions provided fair notice, appropriately limited investigative discretion and were neither arbitrary nor disproportionate. The challenge to s. 12 of the CSIS Act, on the basis it authorized unreasonable searches and seizures, was without merit. While s. 12 appeared to be broad in scope, it was constrained by warrant requirements where investigation required interference with a reasonable expectation of privacy. It was also not established s. 12 violated s. 13 of the Charter. It was also not established that s. 6 of the CSIS Act was contrary to the Charter; although policies or executive action enacted pursuant to s. 6 might engage individual rights, the provision itself did not. Section 17 of the CSIS Act, which permitted intelligence-sharing with foreign agencies regardless of their human rights records, did not violate ss. 7 and 8 of the Charter. Such information sharing was constrained by provisions that required a determination that the public interest outweighed residual individual privacy interests. Sections 21-24 of the CSIS Act were not unconstitutional because warrants obtained thereunder might authorize the interception of solicitor-client communications. On the second issue, the challenge to the warrants, and the evidence obtained thereby, was not a collateral attack. It was important in circumstances where effective challenge through normal review and appeal routes was unrealistic, that the rule against collateral attack was applied flexibly. The was no merit to the argument that because the previous IRPA regime was found to be unconstitutional, the evidence collected under the s. 21 CSIS Act warrants was inadmissible; the CSIS Act was constitutional. Due to the involvement of Special Advocates and summaries provided, the named person had been in a position to mount an effective challenge without the disclosure of the confidential s. 21 warrant materials. However, the Court was not required to restrict its consideration to the disclosed summaries. On the third issue, the warrants could have been issued but for information for which there were reasonable grounds to believe was obtained by torture and were not inadmissible for that reason. Although the duty of disclosure had been breached, it did not invalidate the warrants, as there was sufficient evidence to satisfy the designated judge that the warrant was required. It had been reasonably open for the trial judge to accept the affidavits in support of the warrants satisfied the requirements of s. 21(1)-(2) of the CSIS Act. Provisions of the warrants that issued subsequent to the detention of the named person were unlawful. However, no evidence resulting from these provisions had been adduced and thus no remedy beyond a declaration was required. On the fourth issue, the scope of the warrants extended to those

individuals whose communications were intercepted, and to the searches and seizures related to the named person. On the fifth issue, there was no need for a s. 24(2) analysis as no evidence had been found inadmissible.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, R.S.C. 1985, App. II, No. 44, Schedule B, s. 7, s. 8, s. 10(b), s. 13, s. 24, s. 24(1), s. 24(2)

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 2(a)-(d), s. 6, s. 6(1), s. 6(2), s. 6(4), s. 12, s. 17, s. 17(1)(b), s. 19(2), s. 21, s. 21(1), s. 21(2)(a)-(g), s. 21(2)(b), s. 21(3)(b), s. 22, s. 23, s. 24, s. 26

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II, s. 178.12(1)(c), s. 178.12(1)(e), s. 193(1)(e)

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18

Federal Courts Rules, SOR/98-106, Rule 399(1)(a)

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b)

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 77(1), s. 83(1.1)

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2), s. 8(2)(f), s. 8(2) (m)

Counsel:

Donald MacIntosh, David Tyndale, Bernard Assan, Peter Southey, Marianne Zoric, Mahan Keramati, Christopher Ezrin, Balqees Mihirig, Judy Michaely, Rhonda Marquis, James Mathieson, Marcel Larouche, Toby Hoffmann, Proja Filipovich, Philippe Lacasse, Erin Bobkin and Dominique Castagne, for the Applicants, Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety.

Johanne Doyon, Paul Slansky, Yavar Hameed, David Kolinsky, Khalid Elgazzar and Lucie Joncas, for the Respondent, Mohamed Zeki Mahjoub.

Gordon Cameron and Anil Kapoor, Special Advocates.

REASONS FOR ORDER AND ORDER

1 **BLANCHARD J.**:-- Mr. Mohamed Zeki Mahjoub is the named person in security certificate

prior judicial authorization if it is authorized by a reasonable law and conducted in a reasonable manner. Since Mr. Mahjoub has raised no allegations that any searches conducted pursuant to section 12 of the *CSIS Act* were conducted in an unreasonable manner, I will address whether section 12 of the *CSIS Act* is a reasonable law.

30 In *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18 [*Kang-Brown*] and *R. v A.M.*, 2008 SCC 19, the Supreme Court determined that the threshold for using a certain common law-authorized investigative technique, namely dogs trained in drug detection or "sniffer dogs", was "reasonable suspicion", a lower threshold than "reasonable and probable grounds" as described in *Hunter*. The recent companion cases *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49 [*Chehil*] and *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50 [*MacKenzie*] addressed another challenge to this standard and upheld the "reasonable suspicion" standard for deploying the sniffer dogs. Using sniffer dogs can be done without prior judicial authorization because "they are minimally intrusive, narrowly targeted, and can be highly accurate" (*Chehil* at paragraph 1). As Justice Karakatsanis wrote in *Chehil* at paragraph 6, "[t]he reasonable suspicion standard requires that the entirety of the circumstances, inculpatory and exculpatory, be assessed to determine whether there are objective ascertainable grounds to suspect that an individual is involved in criminal behaviour." There must be a constellation of factors (or a single factor such as travelling under a false name) that is particularized enough to prevent indiscriminate or discriminatory searches (at paragraphs 30-31, 35). In addition, there must be a "nexus" between the factors and the criminal conduct, even if the factors are not themselves criminal conduct (at paragraph 37).

31 The learned judge further commented in *Chehil* at pararaph 23 that "[b]oth the impact on privacy interests and the importance of the law enforcement objective play a role in determining the level of justification required for the state to intrude upon the privacy interest in question." She concluded at paragraph 24 that the appropriate justification for a search lies along a spectrum depending on these factors.

32 The public interest in the Service investigating threats to the security of Canada is great. Nevertheless, section 12 of the *CSIS Act* does not, on its face, constrain the investigative techniques that may be used by the Service. In addition, unlike sniffer dog searches, under normal circumstances there is no judicial scrutiny for techniques employed pursuant to section 12, for the search is typically conducted unbeknownst to the target individual. It is therefore useful to examine the legislative constraints on section 12 and which techniques are actually employed by the Service pursuant to section 12 in order to determine whether the "reasonable suspicion" standard strikes the correct balance in these circumstances.

33 While section 12 appears to be broad in scope, it is nonetheless constrained by the warrant requirements, namely sections 21 to 24 of the *CSIS Act*. Parliament intended these provisions to be used in circumstances where the investigation required interference with an individual's reasonable expectation of privacy. In such cases, the Service is required to obtain judicial authorization. Under the warrant process, the threshold is higher than that required for section 12 activities. To request a

warrant an affiant on behalf of the Service must attest to "the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16... " (section 21(1) of the *CSIS Act*). Consequently, section 12 does not authorize intrusive searches and seizures of private information.

34 In the "Amended Final Response to Questions Re: National Security Privilege Objections" prepared by the Service and dated March 5, 2012 (Exhibit R82), the Service disclosed a significant portion of its policies dealing with investigative techniques pursuant to section 12, as follows:

1. OPS-101 2006, Level 1 investigative techniques allowed include reporting of open information, querying federal/provincial/territorial/municipal records and databanks, querying records held by foreign police/security/intelligence organizations. Level 1 is valid for 90 days and terminated immediately if the Service discovers that the activities of a target do not constitute a threat.
2. OPS-102 2006, Level 2, techniques allowed include level 1, use of physical surveillance, interview of the target or any other person who may have relevant information, and tasking of human sources. Level 2 is valid for 2 years.
3. OPS-103 2006, Level 3, techniques allowed include levels 1 and 2, use of physical surveillance, and application for or execution of warrant powers of Federal Court warrants. It is valid for 2 years.

It is also clear from the evidence that higher levels require higher authorization within the Service.

35 I am satisfied, on a review of the techniques enumerated in the Service policies above, that they are minimally intrusive, if they engage a reasonable expectation of privacy at all. The "reasonable suspicion" standard must be satisfied in order to employ these techniques. Further, the policies contemplate obtaining Federal Court warrants, governed by sections 21 to 24, for more intrusive techniques. In my view, section 12 of the *CSIS Act*, as interpreted by the Service, requires the Service to have an objective, particularized basis for the use of any minimally intrusive investigative techniques and strikes the appropriate balance between the public interest in investigating threats to the security of Canada and the individual target's privacy rights.

36 The Ministers argue that Parliament has legislated a lower standard than that required by *Hunter*, thereby allowing an intrusive search to be conducted on reasonable grounds to suspect standard, relying on *Kang-Brown* at paragraphs 3, 10, and 13. While I accept that Parliament has the authority to legislate a lower standard for such searches and seizures, it is not apparent to me that Parliament has done so by enacting section 12 of the *CSIS Act*. Intrusive searches and seizures require a warrant pursuant to section 21.

37 Disclosure of activities specifically undertaken by the Service in relation to Mr. Mahjoub

TAB

15

Case Name:

R. v. Ahmad

Between
Her Majesty the Queen, Respondent, and
Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari, Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie, Jahmaal James, Amin Durrani, Steven Chand Saad Khalid and Saad Gaya, Applicants

[2009] O.J. No. 6153

89 W.C.B. (2d) 238

2009 CarswellOnt 9304

2009 CanLII 84776

Court File No. CRIMJ(F)2025/07

Ontario Superior Court of Justice

F. Dawson J.

Heard: March 30, 31, April 1, 2, 7 and 8, 2009.
Judgment: May 8, 2009.

(74 paras.)

Counsel:

Croft Michaelson and Marco Mendicino, for the Respondent.

Charlene Brenzall, Howard Piafsky and Natalie Henein for the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).

Raymond Motee as agent for Dennis Edney, for Fahim Ahmad.

Raymond Motee as agent for David Kolinsky, for Zakaria Amara.

John Norris and Breese Davies, for Asad Ansari.

Paul Slansky as agent for William Naylor, for Shareef Abdelhaleem.

Robert Nuttall, for Ali Mohammed Dirie.

Paula Seymour as agent for Donald McLeod, for Jahmaal James.

Manuel Azevedo, for Amin Durrani.

Michael Moon, for Steven Chand.

Russel Silverstein and Ingrid Grant, for Saad Khalid.

Paul Slansky, for Saad Gaya.

RULING NO. 14

CSIS Disclosure Motion: *Stinchcombe* or *O'Connor*?

1 F. DAWSON J.:-- The accused are charged with terrorism-related offences. The original charges were laid on June 2, 2006 following an investigation directed by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and undertaken by members of the Integrated National Security Enforcement Team (INSET). That investigation, known as Project Osage, was commenced on November 17, 2005, after the RCMP received an "Advisory Letter" bearing that date from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) advising that the accused Fahim Ahmad was believed to pose a threat to the security of Canada. It is clear that CSIS was conducting a wide ranging investigation of some of the accused and others, both nationally and internationally, at that time. That investigation continued and from time to time CSIS provided additional information to the RCMP. The RCMP also provided CSIS with the results of the INSET investigation.

The Issue

2 The issue for resolution on this pretrial motion is whether information in the possession of CSIS is discloseable under the regime provided for in *R. v. Stinchcombe,* [1991] 3 S.C.R. 326, or whether the more restrictive procedure specified in *R. v. O'Connor,* [1995] 4 S.C.R. 411 applies. The resolution of this issue is bound up in the interpretation of the recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. McNeil,* 2009 SCC 3, 238 C.C.C. (3d) 353, which was released less than two months before this application was heard.

3 In *McNeil* the court determined when the police are required to produce police disciplinary

records and criminal investigation files of third parties to the Crown for disclosure to an accused pursuant to *Stinchcombe*. Crown entities other than the prosecuting Crown were held to be third parties under *O'Connor* for the purpose of disclosure (para. 13). The court also confirmed that the police are a separate entity from the Crown, but held that the police or any "other investigating state authorities" are subject to a "necessary corollary obligation" to produce the fruits of the investigation to the prosecuting Crown (paras. 14, 25). This corollary obligation is necessary because the Crown's disclosure obligation "extends only to material in the possession or control of the Crown" (para. 22).

4 CSIS is a Crown entity separate from the prosecuting Crown. However, it is also engaged in investigations and in this case investigated the accused in relation to terrorist activities. This combination of circumstances frames the issue.

The Positions of the Parties

5 The applicants contend that in the circumstances of this case CSIS must be considered an "other investigating state authority" as that term was used in *McNeil*, rendering CSIS subject to a corollary obligation to produce their investigation to the Crown prosecuting this case for vetting and disclosure in accordance with *Stinchcombe*.

6 The Crown and CSIS take a different approach to the interpretation of *McNeil*. They point to the court's categorical rejection of the "notion that all state authorities amount to a single 'Crown' entity for the purposes of disclosure and production ..." (para. 22). They submit that in referring to other investigating state authorities, the court was simply recognizing that in some circumstances agencies other than the police have carriage of the investigation leading to charges and supporting the prosecution; income tax prosecutions, combines prosecutions and regulatory prosecutions are cited as examples.

7 The Crown and CSIS submit that while CSIS carried on a wide ranging parallel investigation, it did not do so for the purpose of prosecuting the accused, but in order to fulfill its mandate under s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985 c. C-23, (*CSIS Act*). That mandate is to collect and analyse information and intelligence in order to advise the Government of Canada concerning threats to the security of the country. The *CSIS Act* does not empower CSIS to investigate criminal activities, make arrests or lay charges. CSIS employees are not peace officers. In addition, the Crown points out that to the extent CSIS provided information to the RCMP, that information has been turned over to the Crown by the RCMP and has been disclosed pursuant to *Stinchcombe*.

8 As CSIS did not investigate for the purpose of prosecuting the accused and the charges flow from an RCMP investigation that was conducted for the purpose of criminal prosecution, the Crown and CSIS submit that *McNeil* imposes no corollary obligation upon CSIS. They refer to s. 19 of the *CSIS Act,* which restricts the release of information gathered by CSIS, and emphasize that, unlike the police, CSIS does not provide information to prosecutors in the normal course. Consequently,

AGC0626

TAB

16

Mandeep Singh Chehil *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CHEHIL

2013 SCC 49

File No.: 34524.

2013: January 22; 2013: September 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Airplane luggage — Police suspecting accused, airline passenger, of transporting drugs — Police verifying accused's checked bag using drug detection dog — Whether police had reasonable grounds to suspect accused was involved in drug-related offence — Whether drug detection dog was sufficiently reliable for sniff search to be reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Police analyzed the passenger manifest for an overnight flight from Vancouver to Halifax. They suspected that the accused was trafficking drugs on the basis of a number of indicators: the accused's travel was on a one-way ticket, he was one of the last passengers to purchase a ticket, he was travelling alone, he paid for his ticket in cash and checked one bag. The police verified the accused's checked bag for the presence of drugs using a drug detection dog. As the dog gave a positive indication for the scent of drugs, the accused was arrested for possession of a narcotic. On searching the bag, police found

Mandeep Singh Chehil *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des libertés civiles, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CHEHIL

2013 CSC 49

N° du greffe : 34524.

2013 : 22 janvier; 2013 : 27 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Bagage à bord d'un avion — Accusé, passager de l'avion, soupçonné par la police de transporter de la drogue — Bagage enregistré de l'accusé soumis par la police à un contrôle par un chien détecteur de drogue — La police avait-elle des motifs raisonnables de soupçonner l'accusé d'une infraction liée à la drogue? — Le chien détecteur était-il suffisamment fiable pour que la fouille effectuée au moyen de l'animal soit jugée non abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

La police a analysé le manifeste des passagers d'un vol de nuit entre Vancouver et Halifax. Les agents soupçonnaient l'accusé de trafiquer de la drogue en raison de certains indices : l'accusé avait acheté un billet aller simple, il avait été l'un des derniers passagers à acheter son billet; il voyageait seul, il avait payé comptant pour sa place et avait enregistré un seul bagage. Les agents ont soumis le bagage enregistré de l'accusé à un contrôle par un chien détecteur de drogue. L'animal ayant indiqué qu'il avait détecté une odeur de drogue, l'accusé a été arrêté pour possession d'un stupéfiant. La fouille de

AGC0627

three kilograms of cocaine. The trial judge held that the police did not have reasonable suspicion when they deployed the sniffer dog and further, the dog's performance in the field was not sufficiently reliable for the search to be reasonable. The trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the search was reasonable and the accused's arrest was justified. It ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The deployment of a dog trained to detect illegal drugs using its sense of smell is a search that may be carried out without prior judicial authorization where the police have a reasonable suspicion based on objective, ascertainable facts that evidence of an offence will be discovered. The reasonable suspicion threshold respects the balance struck under s. 8 of the *Charter* by permitting law enforcement to employ legitimate but limited investigative techniques. This balance is maintained by subsequent judicial oversight that prevents indiscriminate and discriminatory breaches of privacy interests by ensuring that the police have an objective and reasonable basis for interfering with an individual's reasonable expectation of privacy. The fact that reasonable suspicion deals with possibilities, rather than probabilities, necessarily means that in some cases the police will reasonably suspect that innocent people are involved in crime. In spite of this reality, properly conducted sniff searches that are based on reasonable suspicion are *Charter* compliant in light of their minimally intrusive, narrowly targeted and highly accurate nature.

Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. This inquiry must be fact-based, flexible and grounded in common sense and practical, everyday experience. A constellation of factors will not be sufficient to ground reasonable suspicion where it amounts merely to a "generalized" suspicion that would capture too many innocent people. Exculpatory, neutral or equivocal information cannot be disregarded when assessing a constellation of factors. However, the obligation of the police to take all factors into account does not impose a duty to undertake further investigation to seek out exculpatory factors or rule out possible innocent explanations. While the police must point to particularized conduct or particularized evidence of criminal

la valise a révélé trois kilogrammes de cocaïne. Le juge du procès a statué que les agents n'avaient pas de soupçons raisonnables au moment d'utiliser le chien renifleur et, en outre, que le rendement de l'animal sur le terrain n'était pas suffisamment fiable pour que la fouille ne soit pas jugée abusive. Le juge du procès a écarté la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a accueilli l'appel, concluant que la fouille n'était pas abusive et que l'arrestation de l'accusé était justifiée. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'utilisation d'un chien spécialement dressé pour la détection olfactive de certaines substances illicites constitue une fouille qui ne nécessite aucune autorisation judiciaire préalable dans le cas où les policiers ont des soupçons raisonnables, fondés sur des faits objectivement discernables, que des éléments de preuve établissant la perpétration d'une infraction seront découverts. Le seuil des soupçons raisonnables respecte l'équilibre établi pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*, car il autorise le recours par les forces de l'ordre à des techniques d'enquête légitimes mais circonscrites. Le contrôle judiciaire ultérieur permet d'assurer cet équilibre et d'empêcher les atteintes aveugles et discriminatoires au droit à la vie privée, les tribunaux vérifiant que l'atteinte policière à l'attente raisonnable en matière de vie privée repose bel et bien sur un fondement objectif et raisonnable. Les soupçons raisonnables étant une affaire de possibilité, plutôt que de probabilité, il s'ensuit nécessairement que les policiers soupçonneront raisonnablement, dans certains cas, des personnes innocentes d'être des criminels. Malgré cette réalité, la fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur et fondée sur des soupçons raisonnables est conforme à la *Charte*, vu son caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable.

Les soupçons raisonnables doivent être évalués à la lumière de toutes les circonstances. L'appréciation doit s'appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l'expérience pratique quotidienne. Un ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu'ils équivalent simplement à des soupçons « généraux » susceptibles de viser trop de personnes innocentes. On ne peut faire abstraction des renseignements disculpatoires, neutres ou équivoques dans l'évaluation d'un ensemble de facteurs. Toutefois, l'obligation imposée à la police de prendre en compte tous les facteurs ne la contraint pas à pousser l'enquête pour trouver des facteurs disculpatoires ou écarter des explications possiblement innocentes. Bien que la police doive fonder les

activity in order to ground reasonable suspicion, such evidence need not itself consist of unlawful behaviour or evidence of a specific known criminal act.

Characteristics identified by a police profile can be considered when evaluating reasonable suspicion; however, profile characteristics are not a substitute for objective facts that raise a reasonable suspicion of criminal activity. The analysis must remain focused on one central question: Is the totality of the circumstances, including the specific characteristics of the suspect, the contextual factors, and the offence suspected, sufficient to reach the threshold of reasonable suspicion?

The onus is on the Crown to show that objective and ascertainable facts rise to the level of reasonable suspicion, such that a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have held a reasonable suspicion of criminal activity. An officer's training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer's experience will suffice, or that deference is owed to a police officer's view of the circumstances based on her training or experience in the field. A police officer's educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard.

The reliability of a particular dog is relevant to determining whether a particular sniff search was conducted reasonably. In the absence of legislated standards, trial judges must scrutinize the evidence before them in making this assessment. Both the results of testing in a controlled setting and the results of deployment in the field are helpful in assessing the reliability of a positive indication as a sign of the actual presence of drugs.

The accused in this case had a reasonable expectation of privacy in his checked luggage with regard to general police investigations. However, the sniff search was reasonable. The trial judge erred in principle in the manner of applying the reasonable suspicion standard by assessing the factors individually. Viewed in their entirety, the factors in this case justified a reasonable suspicion of illegal drug activity such that the sniff search was consistent with the *Charter*. Given the strength of the constellation of factors that led to the decision to deploy the dog, the reliability of the dog, and the absence of exculpatory explanations, the positive indication raised

soupçons raisonnables sur un comportement précis ou un indice précis d'activité criminelle, l'indice ne doit pas constituer lui-même un comportement illégal ou révéler un acte criminel identifié.

Dans l'évaluation des soupçons raisonnables, les caractéristiques définies dans un profil policier peuvent être prises en considération; toutefois, elles ne sauraient se substituer à des faits objectifs donnant naissance à des soupçons raisonnables quant à la perpétration d'une activité criminelle. L'analyse doit plutôt demeurer axée sur la question fondamentale, à savoir l'ensemble des circonstances — y compris les caractéristiques propres au suspect, les facteurs contextuels et l'infraction soupçonnée — suffit-il pour que le seuil des soupçons raisonnables soit atteint?

Le ministère public a le fardeau de prouver que les faits objectivement discernables font naître des soupçons raisonnables, de sorte qu'une personne raisonnable à la place du policier aurait soupçonné raisonnablement la tenue d'une activité criminelle. La formation et l'expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu'empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'intuition fondée sur l'expérience du policier suffira ou que le point de vue de ce dernier sur les circonstances commandera la déférence. Une supposition éclairée ne saurait supplanter l'examen rigoureux et indépendant qu'exige la norme des soupçons raisonnables.

La fiabilité du chien en question joue également pour déterminer si la fouille effectuée à l'aide de l'animal a été menée de manière abusive ou non. En l'absence de normes légales, le juge de première instance doit examiner attentivement la preuve dont il dispose pour procéder à cette appréciation. Tant les résultats d'essais dans un environnement contrôlé que ceux de l'utilisation sur le terrain sont utiles pour déterminer si une indication constitue un signe fiable de la présence réelle de drogue.

En l'espèce, l'accusé avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de son bagage enregistré, dans le contexte d'une enquête policière générale. Toutefois, la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur n'était pas abusive. Le juge du procès a commis une erreur de principe dans la manière d'appliquer la norme des soupçons raisonnables en appréciant les facteurs individuellement. Considérés dans leur ensemble, les facteurs en l'espèce justifiaient des soupçons raisonnables quant à une activité illicite liée à la drogue de sorte que la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur était conforme à la *Charte*. Vu la force de l'ensemble de

2013 SCC 49 (CanLII)

AGC0627

the reasonable suspicion generated by the constellation to the level of reasonable and probable grounds to arrest the accused.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *United States v. Gooding*, 695 F.2d 78 (1982); *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *R. v. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289; *Florida v. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013); *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL); *R. v. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII); *Alberta v. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154; *R. v. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312; *R. v. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123; *R. v. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211; *R. v. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL); *R. v. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97; *R. v. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58; *R. v. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127; *R. v. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII); *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342; *R. v. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 49.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(2), 492.2.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 15(1), 17(1).

Authors Cited

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123.

facteurs ayant mené à la décision d'utiliser le chien, la fiabilité de l'animal et l'absence d'explications disculpatoires, l'indication a eu pour effet de transformer les soupçons raisonnables découlant de l'ensemble en motifs raisonnables et probables d'arrestation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286; *United States c. Gooding*, 695 F.2d 78 (1982); *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *R. c. Payette*, 2010 BCCA 392, 291 B.C.A.C. 289; *Florida c. Harris*, 133 S.Ct. 1050 (2013); *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Lozano*, 2013 ONSC 1871, [2013] O.J. No. 1432 (QL); *R. c. Nguyen*, 2013 SKQB 36 (CanLII); *Alberta c. Jarvis*, 2012 ABQB 602, 270 C.R.R. (2d) 154; *R. c. Gowing*, 2012 ABPC 38, 532 A.R. 312; *R. c. Earle*, 2012 NSPC 27, 315 N.S.R. (2d) 123; *R. c. Krafczyk*, 2011 ABQB 107, 511 A.R. 211; *R. c. Imani*, [2012] N.B.J. No. 120 (QL); *R. c. Ryan*, 2011 NSSC 102, 300 N.S.R. (2d) 97; *R. c. Hoy*, 2010 ABQB 575, 534 A.R. 58; *R. c. Hoang*, 2010 BCPC 24, 206 C.R.R. (2d) 127; *R. c. Frieburg*, 2013 MBCA 40 (CanLII); *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Wong*, 2005 BCPC 24, 127 C.R.R. (2d) 342; *R. c. Calderon* (2004), 188 C.C.C. (3d) 481.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(2), 492.2.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 15(1), 17(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 49.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Doctrine et autres documents cités

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123.

AGC0627

Shapiro, Jonathan. "Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards" (2008), 55 C.R. (6th) 396.

Tanovich, David M. "A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles" (2008), 55 C.R. (6th) 379.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Farrar JJ.A.), 2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122, 278 C.C.C. (3d) 445, 243 C.R.R. (2d) 109, 88 C.R. (6th) 300, 976 A.P.R. 122, [2011] N.S.J. No. 499 (QL), 2011 CarswellNS 646, setting aside a decision of Cacchione J., 2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28, 268 C.C.C. (3d) 249, 950 A.P.R. 28, [2010] N.S.J. No. 712 (QL), 2010 CarswellNS 906, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Stanley W. MacDonald, Q.C., for the appellant.

Mark Covan, for the respondent.

Amy Alyea, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mahmud Jamal, *David Mollica* and *W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Michael A. Feder and *H. Michael Rosenberg*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — In *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, the Court balanced the travelling public's privacy interests against the public interest in apprehending those who transport and traffic drugs. The Court concluded that the use of a properly deployed drug detection dog was a search that was authorized by law and reasonable on a lower threshold of

Shapiro, Jonathan. « Confusion and Dangers in Lowering the *Hunter* Standards » (2008), 55 C.R. (6th) 396.

Tanovich, David M. « A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles » (2008), 55 C.R. (6th) 379.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Farrar), 2011 NSCA 82, 308 N.S.R. (2d) 122, 278 C.C.C. (3d) 445, 243 C.R.R. (2d) 109, 88 C.R. (6th) 300, 976 A.P.R. 122, [2011] N.S.J. No. 499 (QL), 2011 CarswellNS 646, qui a infirmé une décision du juge Cacchione, 2010 NSSC 255, 300 N.S.R. (2d) 28, 268 C.C.C. (3d) 249, 950 A.P.R. 28, [2010] N.S.J. No. 712 (QL), 2010 CarswellNS 906, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Stanley W. MacDonald, c.r., pour l'appelant.

Mark Covan, pour l'intimée.

Amy Alyea, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mahmud Jamal, *David Mollica* et *W. David Rankin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Michael A. Feder et *H. Michael Rosenberg*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Dans les arrêts *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, la Cour met en balance les droits à la vie privée des voyageurs et l'intérêt du public à l'arrestation de ceux qui se livrent au transport et au trafic de la drogue. Elle conclut que l'utilisation adéquate d'un chien détecteur de drogue constitue une fouille autorisée par la loi et que pareille fouille, si elle est

2013 SCC 49 (CanLII)

AGC0627

intrusive, narrowly targeted, and highly accurate nature: see *Kang-Brown*, at para. 60, *per* Binnie J., and *A.M.*, at paras. 81-84, *per* Binnie J. However, the suspicion held by the police cannot be so broad that it descends to the level of generalized suspicion, which was described by Bastarache J., at para. 151 of *A.M.*, as suspicion "that attaches to a particular activity or location rather than to a specific person".

[29] Reasonable suspicion must be assessed against the totality of the circumstances. The inquiry must consider the constellation of objectively discernible facts that are said to give the investigating officer reasonable cause to suspect that an individual is involved in the type of criminal activity under investigation. This inquiry must be fact-based, flexible, and grounded in common sense and practical, everyday experience: see *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, at para. 60. A police officer's grounds for reasonable suspicion cannot be assessed in isolation: see *Monney*, at para. 50.

[30] A constellation of factors will not be sufficient to ground reasonable suspicion where it amounts merely to a "generalized" suspicion because it "would include such a number of presumably innocent persons as to approach a subjectively administered, random basis" for a search: *United States v. Gooding*, 695 F.2d 78 (4th Cir. 1982), at p. 83. The American jurisprudence supports the need for a sufficiently particularized constellation of factors. See *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), and *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Indeed, the reasonable suspicion standard is designed to avoid indiscriminate and discriminatory searches.

[31] While some factors, such as travelling under a false name, or flight from the police, may give rise to reasonable suspicion on their own (*Kang-Brown*, at para. 87, *per* Binnie J.), other elements of a constellation will not support reasonable suspicion, except in combination with other factors. Generally, characteristics that apply broadly to innocent people are insufficient, as they are markers only of generalized suspicion. The same is true of factors

est conforme à la *Charte*, vu son caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable (voir *Kang-Brown*, par. 60, le juge Binnie, et *A.M.*, par. 81-84, le juge Binnie). Toutefois, les soupçons des policiers ne doivent pas être à ce point vagues qu'ils se réduisent à des soupçons généraux, décrits par le juge Bastarache, au par. 151 de l'arrêt *A.M.*, comme des soupçons « non pas au sujet d'une personne bien précise mais plutôt au sujet d'un lieu ou d'une activité en particulier ».

[29] Les soupçons raisonnables doivent être évalués à la lumière de toutes les circonstances. L'appréciation doit prendre en compte l'ensemble des faits objectivement discernables qui donneraient à l'enquêteur un motif raisonnable de soupçonner une personne d'être impliquée dans le type d'activité criminelle sur lequel porte l'enquête. L'appréciation doit s'appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l'expérience pratique quotidienne (voir *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, 324 Sask. R. 286, par. 60). Les soupçons raisonnables du policier ne sauraient être évalués isolément (voir *Monney*, par. 50).

[30] Un ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu'ils équivalent simplement à des soupçons « généraux », puisque la fouille [TRADUCTION] « viserait un tel nombre de personnes censément innocentes qu'elle se rapprocherait d'une mesure subjective administrée aléatoirement » (*United States c. Gooding*, 695 F.2d 78 (4th Cir. 1982), p. 83). La jurisprudence américaine exige également un ensemble de facteurs suffisamment spécifiques. Voir *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), et *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). En effet, la norme des soupçons raisonnables est conçue pour prévenir les fouilles aveugles et discriminatoires.

[31] Bien que certains facteurs, comme le fait de voyager sous un faux nom ou celui de fuir les policiers, puissent à eux seuls éveiller des soupçons raisonnables (*Kang-Brown*, par. 87, le juge Binnie), d'autres éléments d'un ensemble ne donneront naissance à des soupçons raisonnables que s'ils sont combinés à d'autres. Généralement, les caractéristiques qui s'appliquent globalement aux personnes innocentes ne suffisent pas, puisqu'elles ne

Crown to show that the objective facts rise to the level of reasonable suspicion, such that a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have held a reasonable suspicion of criminal activity.

[46] Rigorous judicial scrutiny is an independent review that ensures that the suspicion relied on by the police is supported by factors that are objectively ascertainable, meaning that the suspicion is based on "factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment": P. Sankoff and S. Perrault, "Suspicious Searches: What's so Reasonable About Them?" (1999), 24 C.R. (5th) 123, at p. 125. The constellation of facts must be based in the evidence, tied to the individual, and capable of supporting a logical inference of criminal behaviour. If the link between the constellation and criminality cannot be established by way of a logical inference, the Crown must lead evidence to connect the circumstances to criminality. This evidence may be empirical or statistical, or it may be based upon the investigating officer's training and experience.

[47] An officer's training and experience may provide an objective experiential, as opposed to empirical, basis for grounding reasonable suspicion. However, this is not to say that hunches or intuition grounded in an officer's experience will suffice, or that deference is owed to a police officer's view of the circumstances based on her training or experience in the field: see *Payette*, at para. 25. A police officer's educated guess must not supplant the rigorous and independent scrutiny demanded by the reasonable suspicion standard. Evidence as to the specific nature and extent of such experience and training is required so that the court may make an objective assessment of the probative link between the constellation of factors relied on by the police and criminality. The more general the constellation relied on by the police, the more there will be a need for specific evidence regarding police experience and training. To the extent that specific evidence of the investigating officer's experience and training supports the link the Crown asks the court to draw, the more compelling that link will be.

de prouver que les faits objectifs font naître des soupçons raisonnables, de sorte qu'une personne raisonnable à la place du policier aurait soupçonné raisonnablement la tenue d'une activité criminelle.

[46] L'examen judiciaire rigoureux sert à vérifier de manière indépendante que les soupçons sur lesquels les policiers se sont appuyés sont à leur tour fondés sur des facteurs qui sont objectivement discernables, c'est-à-dire que les soupçons reposent sur [TRADUCTION] « des éléments factuels susceptibles d'être présentés en preuve et permettent une appréciation judiciaire indépendante » (P. Sankoff et S. Perrault, « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123, p. 125). L'ensemble de faits sur lequel s'appuient les policiers doit donc reposer sur la preuve, être lié au suspect et pouvoir étayer une inférence logique quant à l'existence d'un comportement criminel. Si le lien entre l'ensemble et la criminalité ne peut être établi au moyen d'une inférence logique, le ministère public doit présenter une preuve — empirique, statistique ou tirée de la formation et de l'expérience de l'enquêteur — visant à l'établir.

[47] La formation et l'expérience du policier peuvent fournir un fondement expérientiel, plutôt qu'empirique, aux soupçons raisonnables. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'intuition fondée sur l'expérience du policier suffira ou que le point de vue de ce dernier sur les circonstances commandera la déférence (voir *Payette*, par. 25). Une supposition éclairée ne saurait supplanter l'examen rigoureux et indépendant qu'exige la norme des soupçons raisonnables. La nature et la teneur de la formation et de l'expérience doivent être démontrées pour permettre au tribunal de déterminer objectivement si le lien entre l'ensemble de facteurs circonscrit par la police et la criminalité est probant. Plus cet ensemble est général, plus il faudra fournir une preuve particulière de l'expérience et de la formation policières. Et plus cette preuve sous-tend le lien que le ministère public demande au tribunal d'établir, plus ce lien sera jugé convaincant.

AGC0627

TAB

17

who reads the entire provision will take notice of s. 83.01(1.1), which expressly declares that "terrorist activity" within the meaning of the *Criminal Code* does not include the non-violent expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion. Only individuals who go well beyond the legitimate expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion, and instead engage in one of the serious forms of violence — or threaten one of the serious forms of violence — listed in s. 83.01(1)(*b*)(ii) need fear liability under the terrorism provisions of the *Criminal Code*.

ou incomplète de l'art. 83.01. La personne qui lit l'article en entier prend connaissance du par. 83.01(1.1), qui dispose expressément qu'une « activité terroriste » au sens du *Code criminel* ne s'entend pas de l'expression pacifique d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique. Seule la personne qui ne s'en tient pas à l'expression légitime d'une telle pensée, croyance ou opinion et qui se livre plutôt à quelque acte de violence grave énuméré au sous-al. 83.01(1)*b*)(ii) ou qui menace autrui de le faire doit craindre d'engager sa responsabilité sous le régime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*.

[83] Third, any chilling effect that results from police misconduct, such as profiling based exclusively on ethnicity or religious belief, is not a chill created by the terrorism legislation. I agree with the following statement made by the Court of Appeal, at para. 134:

[83] Troisièmement, l'effet paralysant résultant d'une faute policière, tel le profilage fondé uniquement sur l'appartenance ethnique ou la confession religieuse, ne saurait être imputé aux dispositions sur le terrorisme. Je souscris à l'extrait suivant des motifs de la Cour d'appel, au par. 134 :

> Nor can improper conduct by the state actors charged with enforcing legislation render what is otherwise constitutional legislation unconstitutional. Where the problem lies with the enforcement of a constitutionally valid statute, the solution is to remedy that improper enforcement, not to declare the statute unconstitutional: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000 SCC 69,] [2000] 2 S.C.R. 1120, . . . at paras. 133-35.

> [TRADUCTION] Le comportement inapproprié des représentants de l'État qui veillent à l'application de la loi ne peut pas non plus rendre inconstitutionnel ce qui est par ailleurs constitutionnel. Lorsque le problème a trait à l'application d'une loi constitutionnelle, la solution consiste à remédier à l'application inappropriée, et non à déclarer la loi inconstitutionnelle : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000 CSC 69,] [2000] 2 R.C.S. 1120, [. . .] par. 133-135.

Criminal liability should not be based on a person's political, religious or ideological views. Police should not target people as potential suspects solely because they hold or express particular views. Nor should the justice system employ improper stereotyping as a tool in legislation, investigation or prosecution. In the present case, the impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views. It raises no concerns with respect to improper stereotyping.

La responsabilité criminelle d'une personne ne doit pas prendre appui sur ses convictions de nature politique, religieuse ou idéologique. La police ne doit pas soupçonner une personne pour le seul motif que celle-ci a ou exprime telle ou telle conviction. Le système de justice doit également s'abstenir de recourir à l'application inopportune de stéréotypes pour légiférer, faire enquête ou engager une poursuite. En l'espèce, le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique. Il ne fait nullement craindre l'application inopportune de stéréotypes.

[84] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the appellants have not established that

[84] C'est pourquoi je conviens avec la Cour d'appel que les appelants n'ont pas établi l'effet

AGC0628

TAB

18

in their ability to gather and report the news. Peter Desbarats, former Dean of the Graduate School of Journalism at the University of Western Ontario, stressed the importance of such sources to "investigative journalists [in seeking] to serve the public interest by bringing to public attention matters that people in authority are less than anxious to have subjected to public scrutiny". In his view:

> Given my experience in the world of journalism, it is my opinion that the interests of a free press require the court to recognize the special relationship between a journalist and a confidential source who has been given a promise of secrecy. The giving of promises of secrecy is essential to a free and vigorous press, which in turn is essential to ensuring a well informed citizenry and a vibrant democracy.

As Mr. McIntosh himself stated in his affidavit, echoing the experiences expressed by other journalists in the various affidavits submitted in these proceedings:

> . . . sometimes a source will share either confidential information and/or documents with me for use in a story on the explicit condition that under no circumstances is their identity as the source of the information or documents ever to be publicly disclosed to anyone, particularly in the event of a legal proceeding, public hearing or official inquiry of any kind that may result from the publication of the subsequent story . . . .
>
> . . .
>
> . . . my effectiveness as an investigative reporter would be seriously impaired because key sources would no longer trust me to keep their identities confidential, thereby preventing me from getting the sensitive information I need to do my job and reveal matters of public interest that might otherwise remain unknown to the Canadian public.

[122] Nor can the chilling effect that could result from the compelled disclosure of confidential journalistic sources be ignored as a consequential harm. This concern was expressed nearly three decades ago by the House of Lords in *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417:

confidentielles pour qu'ils puissent recueillir et rapporter l'information. Peter Desbarats, l'ancien doyen de l'école supérieure de journalisme de l'Université Western Ontario, a souligné l'importance de ces sources pour les [TRADUCTION] « journalistes d'enquête [lorsqu'ils cherchent] à servir l'intérêt public en mettant en lumière des sujets que les gens au pouvoir sont loin d'être enchantés de voir soumis à un examen public approfondi ». À son avis :

> [TRADUCTION] Compte tenu de mon expérience dans le monde du journalisme, j'estime que les intérêts d'une presse libre exigent des tribunaux qu'ils reconnaissent le rapport particulier entre un journaliste et la source à qui l'anonymat a été promis. De telles promesses sont essentielles à une presse libre et dynamique, qui est elle-même essentielle à l'information des citoyens et à une robuste démocratie.

M. McIntosh, se faisant l'écho de l'expérience décrite par d'autres journalistes dans les différents affidavits déposés en l'espèce, a lui-même déclaré dans le sien :

> [TRADUCTION] . . . une source me donne parfois des documents ou des renseignements confidentiels pour un article, à la condition expresse que son identité en tant que source des renseignements ou des documents ne soit jamais divulguée publiquement à qui que ce soit, quelles que soient les circonstances, particulièrement dans l'éventualité d'une procédure judiciaire, d'une audience publique ou d'une enquête officielle, de quelque nature que ce soit, qui pourrait découler de la publication de l'article . . .
>
> . . .
>
> . . . mon efficacité en tant que journaliste d'enquête serait gravement compromise parce que mes sources essentielles ne me feraient plus confiance pour garder leur identité secrète, ce qui m'empêcherait d'obtenir les renseignements sensibles dont j'ai besoin pour faire mon travail et révéler des faits d'intérêt public qui risqueraient autrement de rester inconnus de la population canadienne.

[122] L'effet de dissuasion qui pourrait découler de la divulgation forcée des sources confidentielles des journalistes ne peut non plus être ignoré comme préjudice en résultant. La Chambre des lords a exposé ce problème il y a près de trois décennies dans *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417 :

2010 SCC 15 (CanLII)

AGC0629

[T]he newspapers should not in general be compelled to disclose their sources of information. Neither by means of discovery before trial. Nor by questions or cross-examination at the trial. Nor by subpoena. The reason is because, if they 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. . . . Misdeeds in the corridors of power, in companies or in government departments would never be known. Investigative journalism has proved itself as a valuable adjunct of the freedom of the press. [p. 441]

[123] Similarly, in the recent case of *Financial Times Ltd. v. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), the European Court of Human Rights warned:

While . . . the applicants in the present case were not required to disclose documents which would directly result in the identification of the source but only to disclose documents which might, upon examination, lead to such identification, the Court does not consider this distinction to be crucial. In this regard, the Court emphasises that a chilling effect will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources. In the present case, it was sufficient that information or assistance was required under the disclosure order for the purpose of identifying X. [Emphasis added; para. 70.]

[124] There is no doubt that caution must be exercised in ensuring the quality and veracity of the confidentially received information (see David Abramowicz, "Calculating the Public Interest in Protecting Journalists' Confidential Sources" (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949, at pp. 1966-70), but in the case before us, Mr. McIntosh had a sound basis for his confidence in X's reliability.

[125] Although this was X's first direct contact with Mr. McIntosh, X's reliability had been previously confirmed. Through another confidential source, "Y", Mr. McIntosh had ascertained that the Prime Minister had made several telephone calls to the Bank in connection with loans to the Auberge. Y had received this information from X, including:

[TRADUCTION] [L]es journaux ne devraient pas, en général, être forcés de révéler leurs sources d'information, ni au moyen d'un interrogatoire préalable au procès, ni par des questions ou un contre-interrogatoire pendant le procès, ni au moyen d'une assignation, car s'ils étaient contraints de révéler leurs sources, ils seraient vite privés des renseignements dont ils ont besoin. Leurs sources se tariraient. Les actes répréhensibles ne seraient pas dénoncés. [. . .] Les méfaits dans les coulisses du pouvoir, au sein d'entreprises ou de ministères ne seraient jamais connus. Le journalisme d'enquête s'est avéré un complément précieux de la liberté de presse. [p. 441]

[123] De même, récemment, dans l'affaire *Financial Times Ltd. c. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), la Cour européenne des droits de l'homme a fait la mise en garde suivante :

[TRADUCTION] Bien que [. . .] on n'ait pas demandé aux demandeurs en l'espèce de divulguer des documents pouvant révéler directement l'identité de la source, mais uniquement des documents qui, après examen, pourraient conduire à sa découverte, la Cour estime que cette distinction n'est pas cruciale. À cet égard, la Cour souligne qu'un effet de dissuasion se produira chaque fois qu'on verra des journalistes aider à identifier des sources anonymes. En l'espèce, il suffisait que des renseignements ou de l'aide soient exigés en vertu de l'ordonnance de communication en vue d'identifier X. [Je souligne; par. 70.]

[124] Il ne fait aucun doute que la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de vérifier la qualité et la véracité de l'information obtenue de source confidentielle (voir David Abramowicz, « Calculating the Public Interest in Protecting Journalists' Confidential Sources » (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949, p. 1966-1970). Or, en l'espèce, M. McIntosh avait de solides raisons de croire à la fiabilité de X.

[125] Même s'il s'agissait de la première fois que X entrait en communication directe avec M. McIntosh, sa fiabilité avait préalablement été confirmée. Par l'intermédiaire d'une autre source confidentielle, « Y », M. McIntosh avait pu vérifier le fait que le premier ministre avait fait plusieurs appels téléphoniques à la Banque au sujet des prêts consentis à l'Auberge. Y tenait ces renseignements de X, et ces derniers comprenaient :

AGC0629

TAB 19

existing social problem or legislative objective, much less one of pressing concern. It is, as the Law Reform Commission concluded, "anachronistic". But even if the Court were to attribute to s. 181 the objective of promoting racial and social tolerance and conclude that such objective was so pressing and substantial as to be capable of overriding a fundamental freedom, s. 181 would still fail to meet the criteria of proportionality which prevailed in *Keegstra*. In *Keegstra*, the majority of this Court found the objective of the legislation to be compelling and its effect to be appropriately circumscribed. The opposite is the case with s. 181 of the *Criminal Code*. Section 181 catches not only deliberate falsehoods which promote hatred, but sanctions all false assertions which the prosecutor believes 'likely to cause injury or mischief to a public interest', regardless of whether they promote the values underlying s. 2(*b*). At the same time, s. 181's objective, in so far as an objective can be ascribed to the section, ranks much lower in importance than the legislative goal at stake in *Keegstra*. When the objective of s. 181 is balanced against its invasive reach, there can in my opinion be only one conclusion: the limitation of freedom of expression is disproportionate to the objective envisaged.

In their laudable effort to send a message condemning the 'hate-mongering' of persons such as the appellant by upholding s. 181 as a reasonable limit, it is my respectful opinion that my colleagues Cory and Iacobucci JJ. make three fundamental errors. First, they effectively rewrite s. 181 to supply its text with a particularity which finds no support in the provision's history or in its rare application in the Canadian context. Second, they underrate the expansive breadth of s. 181 and its potential not only for improper prosecution and conviction but for 'chilling' the speech of persons who may otherwise have exercised their freedom of expression. Finally, they go far beyond accepted

Keegstra, c'est-à-dire le par. 319(2) du *Code*. Contrairement à la disposition relative à la propagande haineuse (*Keegstra*), la disposition relative aux fausses nouvelles ne peut pas être associée à quelque problème social ou objet législatif existants, encore moins à une préoccupation urgente. C'est une disposition «anachronique», ainsi que l'a conclu la Commission de réforme du droit. Mais même si la Cour devait attribuer à l'art. 181 l'objectif de promouvoir la tolérance raciale et sociale, et conclure qu'un tel objectif est urgent et réel au point de permettre de passer outre à une liberté fondamentale, il ne satisferait toujours pas aux exigences du critère de proportionnalité qui a prévalu dans l'arrêt *Keegstra*. Dans cet arrêt, notre Cour a jugé, à la majorité, que l'objet de la loi était contraignant et que son effet était dûment circonscrit. C'est le contraire en ce qui concerne l'art. 181 du *Code criminel*. Non seulement cet article vise les mensonges délibérés qui encouragent la haine, mais il sanctionne toutes les fausses déclarations que le procureur de la poursuite croit «de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public», indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*). Par ailleurs, l'objet de l'art. 181, dans la mesure où on peut lui en attribuer un, est beaucoup moins important que le but législatif en jeu dans l'arrêt *Keegstra*. Quand on compare l'objet de l'art. 181 à sa portée envahissante, il ne peut, à mon avis, y avoir qu'une seule conclusion: la restriction de la liberté d'expression n'est pas proportionnée à l'objet envisagé.

En maintenant l'art. 181 comme limite raisonnable dans leur effort louable en vue de transmettre un message condamnant la fomentation de la haine par des personnes comme l'appelant, mes collègues les juges Cory et Iacobucci ont, à mon avis, commis trois erreurs fondamentales. Premièrement, ils récrivent en fait l'art. 181 de manière a y ajouter un détail qui ne trouve aucun fondement dans son historique ou dans son application peu fréquente dans le contexte canadien. Deuxièmement, ils sous-estiment la portée expansible de l'art. 181 et sa propension non seulement à engendrer des poursuites et des déclarations de culpabilité injustifiables mais à faire que des personnes

1992 CanLII 75 (SCC)

AGC0630

principles of statutory and *Charter* interpretation in their application of s. 1 of the *Charter*. While I share the concerns of my colleagues, I fear that such techniques, taken to their ultimate extreme, might render nugatory the free speech guarantee of the *Charter*.

Disposition

I conclude that s. 181 of the *Criminal Code* infringes the right of free expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* and that the infringement is not saved by s. 1 of the *Charter*. I do not find it necessary to deal with the arguments under s. 7 of the *Charter*.

I would allow the appeal, enter an acquittal, and answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative. In the result, I need not consider whether the terms of the appellant's bail infringed his rights under the *Charter*.

The reasons of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting)—This appeal raises the issue of the constitutionality of s. 181 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 177), which states:

181. Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The appellant, Ernst Zundel, alleges that the provision violates s. 7 and s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

This appeal concerns the wilful publication of deliberate, injurious lies and the legislation which

s'abstiennent de s'exprimer alors que normalement elles auraient pu exercer leur liberté d'expression. Enfin, ils vont beaucoup plus loin que les principes admis d'interprétation des lois et de la *Charte* dans leur application de l'article premier de la *Charte*. Bien que je partage les préoccupations de mes collègues, je crains que, à l'extrême, de telles techniques puissent rendre inopérante la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

Dispositif

Je conclus que l'art. 181 du *Code criminel* viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Je n'estime pas nécessaire de traiter des arguments fondés sur l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inscrire un acquittement et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la deuxième par la négative. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'examiner si les termes de la mise en liberté sous caution de l'appelant violaient ses droits en vertu de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents)—Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'art. 181 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 177), qui est ainsi libellé:

181. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

L'appelant, Ernst Zundel, allègue que cette disposition viole l'art. 7 et l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte sur la publication volontaire de mensonges délibérés et blessants et

TAB 20

Freedom of Expression

As has been noted above, the only basis on which the picketing in question was defended by the appellants was under the provisions of s. 2(*b*) of the *Charter* which guarantees the freedom of expression as a fundamental freedom. Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

> If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility", he said, at p. 16:

> Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy. The courts have recognized this fact.

Liberté d'expression

Comme je l'ai déjà souligné, les appelants n'invoquent pour justifier le piquetage en question que les dispositions de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui garantissent la liberté d'expression à titre de liberté fondamentale. La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

> [TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

> [TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie

1998 CanLII (SCC)

AGC0631

For an American example, see the words of Holmes J. in his dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

> Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition .... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J., who formed a part of the majority which narrowed the scope of the crime of sedition, said, at p. 288:

> There is no modern authority which holds that the mere effect of tending to create discontent or disaffection among His Majesty's subjects or ill-will or hostility between groups of them, but not tending to issue in illegal conduct, constitutes the crime, and this for obvious reasons. Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. A superficial examination of the word shows its insufficiency: what is the degree necessary to criminality? Can it ever, as mere subjective condition, be so? Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in mortals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and

moderne. Les tribunaux ont reconnu ce fait. Pour un exemple américain, voir les motifs de dissidence du juge Holmes dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

> [TRADUCTION] « La persécution pour l'expression d'opinions me semble parfaitement logique. Il est naturel que quelqu'un qui ne doute pas de ses prémisses ni de son pouvoir et qui désire de tout son cœur obtenir un certain résultat exprime sa volonté sous la forme d'une loi et qu'il balaie toute opposition ... Mais lorsque les hommes se seront rendus compte que le temps a détruit beaucoup de convictions pour lesquelles on était prêt à se battre, ils pourront en arriver à croire, encore plus fermement qu'ils ne croient en le fondement même de leur propre conduite, que le libre échange des idées est le plus sûr moyen d'atteindre le bien suprême souhaité—que c'est le pouvoir d'une idée de triompher de toute concurrence pour enfin se faire accepter qui est la meilleure preuve de sa vérité et que ce n'est qu'à partir d'une base de vérité que les souhaits des hommes peuvent se réaliser sans que cela n'entraîne de risque.

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand, l'un des juges formant la majorité qui ont restreint la portée du crime de sédition, affirme, à la p. 288:

> [TRADUCTION] Pour des raisons évidentes, aucune décision moderne n'établit que le simple fait de tendre à provoquer le mécontentement ou la désaffection chez les sujets de Sa Majesté ou de causer de l'animosité ou de l'hostilité entre des groupes de ses sujets, sans toutefois tendre à aboutir à une conduite illégale, constitue le crime en question. La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. Un examen superficiel du terme révèle son insuffisance: que faut-il en fait pour qu'une conduite soit criminelle? D'un point de vue purement subjectif, peut-elle jamais l'être? Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un purita-

deeper uniformities as bases of social stability. Similarly in discontent, affection and hostility: as subjective incidents of controversy, they and the ideas which arouse them are part of our living which ultimately serve us in stimulation, in the clarification of thought and, as we believe, in the search for the constitution and truth of things generally.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where this Court struck down Quebec's padlock law, Rand J. again spoke strongly on this issue. He said, at p. 306:

> But public opinion, in order to meet such a responsibility, demands the condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas. Parliamentary government postulates a capacity in men, acting freely and under self-restraints, to govern themselves; and that advance is best served in the degree achieved of individual liberation from subjective as well as objective shackles. Under that government, the freedom of discussion in Canada, as a subject-matter of legislation, has a unity of interest and significance extending equally to every part of the Dominion. With such dimensions it is *ipso facto* excluded from head 16 as a local matter.
>
> This constitutional fact is the political expression of the primary condition of social life, thought and its communication by language. Liberty in this is little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence. As such an inherence in the individual it is embodied in his status of citizenship.

In the same case, Abbott J. said, at p. 326:

> The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.

He went on to make extensive reference to the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-33, strongly

nisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre. Ainsi en va-t-il aussi du mécontentement, de la désaffection et de l'hostilité; en tant que phénomènes subjectifs découlant de la controverse, ces sentiments et les idées qui les suscitent font partie de notre vie quotidienne et, en dernière analyse, servent à nous stimuler, à clarifier nos idées et, à notre avis, nous aident dans nos efforts de déterminer la nature et la vérité de toutes choses.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, cette Cour a déclaré invalide la «loi du cadenas» du Québec et, une fois de plus, le juge Rand s'est prononcé vigoureusement sur la question. À la page 306, il affirme ce qui suit:

> [TRADUCTION] Toutefois, l'opinion publique, pour faire face à une telle responsabilité, exige un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves. Le gouvernement parlementaire considère comme admise l'aptitude qu'a l'homme, agissant librement et sous son propre empire, à se gouverner lui-même. Ce progrès se réalise le mieux dans le degré de libération de l'homme de ses entraves, tant subjectives qu'objectives. Sous cette forme de gouvernement, la liberté de discussion au Canada, comme sujet de législation, revêt une importance et un intérêt égaux pour toutes les régions. Avec de telles dimensions, elle est *ipso facto* exclue du paragraphe 16 qui traite des matières de nature locale.
>
> Ce fait constitutionnel est l'expression politique de la condition essentielle de la vie sociale, de la pensée et de sa communication par le langage. La liberté en ce domaine est tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu. En tant que caractère propre à l'individu, elle fait partie de son statut de citoyen.

Dans la même affaire, le juge Abbott dit, à la p. 326:

> [TRADUCTION] Le droit d'exprimer librement nos opinions et nos critiques sur des questions d'intérêt public et sur l'administrationn des affaires publiques et le droit de discuter et de débattre ces questions, qu'elles soient sociales, économiques ou politiques, sont des droits essentiels au fonctionnement d'une démocratie parlementaire comme la nôtre.

Il poursuit en se référant abondamment aux propos du juge en chef Duff dans le *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132

1986 CanLII 15(SCC)

AGC0631

supporting what could almost be described as a constitutional position for the concept of freedom of speech and expression in Canadian law, and then said, at p. 328:

> Although it is not necessary, of course, to determine this question for the purposes of the present appeal, the Canadian constitution being declared to be similar in principle to that of the United Kingdom, I am also of opinion that as our constitutional Act now stands, Parliament itself could not abrogate this right of discussion and debate. The power of Parliament to limit it is, in my view, restricted to such powers as may be exercisable under its exclusive legislative jurisdiction with respect to criminal law and to make laws for the peace, order and good government of the nation.

It will be seen at once that Professor Peter W. Hogg, at p. 713 in his text, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), is justified in his comment that:

> Canadian judges have always placed a high value on freedom of expression as an element of parliamentary democracy and have sought to protect it with the limited tools that were at their disposal before the adoption of the Charter of Rights.

The *Charter* has now in s. 2(*b*) declared freedom of expression to be a fundamental freedom and any questions as to its constitutional status have therefore been settled.

The question now arises: Is freedom of expression involved in this case? In seeking an answer to this question, it must be observed at once that in any form of picketing there is involved at least some element of expression. The picketers would be conveying a message which at a very minimum would be classed as persuasion, aimed at deterring customers and prospective customers from doing business with the respondent. The question then arises. Does this expression in the circumstances of this case have *Charter* protection under the provisions of s. 2(*b*), and if it does, then does the injunction abridge or infringe such freedom?

et 133, où celui-ci a prôné énergiquement ce qu'on pourrait presque décrire comme un statut constitutionnel pour la notion de la liberté de parole et d'expression en droit canadien. Puis, à la p. 328, il affirme ceci:

> [TRADUCTION] Même si, naturellement, il n'est pas nécessaire de trancher cette question aux fins du présent pourvoi, puisqu'on a déclaré que la Constitution canadienne reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, je suis également d'avis que, dans l'état actuel de notre Loi constitutionnelle, le Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion et de débat. Le pouvoir du Parlement de le limiter se restreint, à mon avis, aux pouvoirs qu'il peut exercer en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de droit criminel et à ce qui peut se ranger sous son pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la nation.

On constate immédiatement que c'est avec raison que le professeur Peter W. Hogg a fait remarquer ce qui suit, à la p. 713 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985):

> [TRADUCTION] Les juges canadiens ont toujours attaché beaucoup d'importance à la liberté d'expression comme élément de la démocratie parlementaire et, par les moyens limités dont ils disposaient avant l'adoption de la Charte des droits, ils se sont efforcés de protéger cette liberté.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc plus aucun doute.

La question qui se pose maintenant est la suivante: La liberté d'expression est-elle en cause en l'espèce? En cherchant la réponse à cette question, il convient de souligner au départ que, quelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci. La question se pose ensuite de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit là d'une forme d'expression qui bénéficie de la protection accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'injonction restreint ou porte atteinte à cette liberté.

1996 CanLII 5 (SCC)

The appellants argue strongly that picketing is a form of expression fully entitled to *Charter* protection and rely on various authorities to support the proposition, including *Reference re Alberta Statutes*, *supra*; *Switzman v. Elbling*, *supra*; the American cases of *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) (*per* Murphy J., at p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (*per* Black J., at p. 302), and various other Canadian authorities. They reject the American distinction between the concept of speech and that of conduct made in picketing cases, and they accept the view of Hutcheon J.A. in the Court of Appeal, in adopting the words of Freedman C.J.M. in *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, that "Peaceful picketing falls within freedom of speech".

Les appelants soutiennent énergiquement que le piquetage est une forme d'expression qui peut parfaitement bénéficier de la protection de la *Charte* et, à l'appui de leur point de vue, ils invoquent plusieurs arrêts dont le *Reference re Alberta Statutes*, précité; *Switzman v. Elbling*, précité; les arrêts américains *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), (le juge Murphy, à la p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (le juge Black, à la p. 302); ainsi que plusieurs autres décisions canadiennes. Rejetant la distinction entre la notion de la parole et celle de la conduite que fait la jurisprudence américaine dans les affaires de piquetage, les appelants acceptent l'opinion exprimée par le juge Hutcheon de la Cour d'appel en faisant siens les propos du juge en chef Freeman dans l'arrêt manitobain *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, savoir que [TRADUCTION] «Le piquetage paisible relève du domaine de la liberté de parole».

The respondent contends for a narrower approach to the concept of freedom of expression. The position is summarized in the respondent's factum:

> 4. We submit that constitutional protection under section 2(b) should only be given to those forms of expression that warrant such protection. To do otherwise would trivialize freedom of expression generally and lead to a downgrading or dilution of this freedom.

L'intimée pour sa part donnerait à la notion de la liberté d'expression une portée plus étroite. Sa position est résumée dans son mémoire:

> [TRADUCTION] 4. Nous soutenons que la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2*b*) ne doit jouer qu'en faveur des formes d'expression qui méritent cette protection, sinon il y aurait une banalisation générale de la liberté d'expression, qui ne pourrait qu'entraîner l'avilissement ou la dilution de celle-ci.

Reliance is placed on the view of the majority in the Court of Appeal that picketing in a labour dispute is more than mere communication of information. It is also a signal to trade unionists not to cross the picket line. The respect accorded to picket lines by trade unionists is such that the result of the picketing would be to damage seriously the operation of the employer, not to communicate any information. Therefore, it is argued, since the picket line was not intended to promote dialogue or discourse (as would be the case where its purpose was the exercise of freedom of expression), it cannot qualify for protection under the *Charter*.

On s'appuie sur l'opinion, exprimée par la Cour d'appel à la majorité, selon laquelle le piquetage dans un conflit de travail ne sert pas qu'à communiquer de l'information. C'est aussi un appel aux syndiqués à ne pas franchir la ligne de piquetage. Les lignes de piquetage sont à ce point respectées par les syndiqués que le piquetage aurait pour effet non pas de communiquer des renseignements, mais de nuire gravement à l'entreprise de l'employeur. Par conséquent, prétend-on, puisque la ligne de piquetage n'avait pas pour but de favoriser le dialogue ou la discussion (comme ce serait le cas s'il avait pour objet l'exercice de la liberté d'expression), il ne peut bénéficier de la protection de la *Charte*.

1986 CanLII 5 (SCC)

AGC0631

On the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier and thus to exert economic pressure to force it to cease doing business with Supercourier. It is equally evident that, if successful, the picketing would have done serious injury to the respondent. There is nothing remarkable about this, however, because all picketing is designed to bring economic pressure on the person picketed and to cause economic loss for so long as the object of the picketing remains unfulfilled. There is, as I have earlier said, always some element of expression in picketing. The union is making a statement to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line. Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct. We need not, however, be concerned with such matters here because the picketing would have been peaceful. I am therefore of the view that the picketing sought to be restrained would have involved the exercise of the right of freedom of expression.

Compte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier et, par ce moyen, d'exercer sur elle une pression économique qui la forcerait à cesser de faire affaires avec Supercourier. Il est évident aussi qu'en cas de réussite le piquetage aurait causé à l'intimée un préjudice grave. Cela n'a toutefois rien de remarquable puisque tout piquetage vise à exercer une pression économique sur la personne qui en fait l'objet et à provoquer des pertes financières tant que le but du piquetage n'est pas atteint. Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression.

Section 1 of the *Charter*

It is not necessary, in view of the disposition of this appeal that I propose, to deal with the application of s. 1 of the *Charter*. It was, however, referred to in the Court of Appeal and I will deal with it here. It will be recalled that the Chambers judge in granting the injunction did so on the basis that the picketing involved the commission of two common law torts, that of civil conspiracy to injure and that of inducing a breach of contract. Hutcheon J.A. in the Court of Appeal said [at pp. 486-87]:

L'article premier de la *Charte*

Vu l'issue du pourvoi que je propose, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, comme on s'y est penché en Cour d'appel, je vais en traiter ci-dessous. Il faut se rappeler que le juge en chambre a accordé l'injonction parce que le piquetage comportait la perpétration de deux délits de *common law*, celui de complot civil en vue de nuire et celui d'incitation à la rupture d'un contrat. En Cour d'appel, le juge Hutcheon a dit [aux pp. 486 et 487]:

AGC0631

TAB

21

Indexed as
Shandi (Re)

IN THE MATTER OF a certificate issued pursuant to section 40.1 of the Immigration Act
AND IN THE MATTER OF a referral of such a Certificate to the Federal Court of Canada pursuant to paragraph 40.1(3)(e) of the said Act in relation to: Mahmoud Abu Shandi

[1991] F.C.J. No. 1319

[1991] A.C.F. no 1319

51 F.T.R. 252

17 Imm. L.R. (2d) 54

Action No. IMM-3-91

Federal Court of Canada - Trial Division
Ottawa, Ontario

Cullen J.

Heard: December 5, 6, 11, 12 and 18, 1991
Judgment: December 18, 1991

(13 pp.)

Administrative law -- Immigration -- Refugee claimant -- Security risk -- Section 40.1 Certificate -- Review of.

A couple arrived in Canada on October 18, 1991 and claimed refugee status. The husband disclosed that he was an officer in the Palestine Liberation Organization. The couple were detained and the husband applied to quash an order that was made, pursuant to section 103.1(7), that excluded the applicant from a portion of a review hearing that was held pursuant to section 103.1(2). Subsequently, on November 22, 1991, the Minister and the Solicitor General filed a Certificate with a senior immigration officer pursuant to section 40.1 of the Act. This section provided for a form of

judicial review in the case of an applicant for refugee status who was not a permanent resident and who, for security or other specified reasons, was not to be admitted to Canada. The effect of the Certificate was to halt the refugee proceedings. A hearing was held, pursuant to section 40.1(4) to determine the validity of the Certificate.

HELD: Application allowed. Certificate upheld. The evidence indicated that the husband occupied an important position in the Palestine Liberation Organization. Such confirmed the reasonableness of the Certificate on the basis that the husband was a member of an inadmissible class under section 19(1)(b) of the Act. The evidence indicated that the husband had trouble with police and immigration authorities. The husband travelled using fake passports, which were an indication of an intention to be subversive to the host country. It was inconceivable that the husband, who was very committed to the Palestinian cause, would cease to be involved in subversive activities because he was permitted to reside in Canada. He was also inadmissible as he fell within section 19(1)(e).

STATUTES, REGULATIONS AND RULES CITED:

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1)(b), 19(1)(e), 40.1, 40.1(2), 40.1(4)(d), 103.1(2), 103.1(2)(a)(ii), 103.1(7), 103.1(8).

Paul Duchow and Noël Saint-Pierre, for Mahmoud Abu Shandi. Winston K. Fogarty, Claude Joyal, Michel Lecours and Yaron Butovsky, for the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General of Canada.

CULLEN J. (Reasons for Order):-- On October 18, 1991, Mahmoud Abu Shandi (Shandi) a Palestinian, arrived in Canada from Norway at Mirabel airport with his wife and they applied for refugee status. Shandi immediately identified himself to the immigration authorities as a colonel in the Palestinian Liberation Organization (P.L.O.), and voluntarily provided them with a series of documents. Shandi was using an Italian passport in the name of Gianlorenzo Piccioli and his wife Zamet was also using an Italian passport in the name of Cristina Zigomacas. They were detained and questioned at Mirabel airport and then transferred to a Canadian immigration detention centre. On October 29, 1991 the adjudicator rendered a decision that a certificate signed by the Minister of Employment and Immigration (the Minister) dated October 24, 1991 was in conformity with subsection 103.1(2) of the Immigration Act (the Act). The adjudicator then ordered that the detention of the applicant be continued. The Review took place on November 1, 1991 and was adjourned at about 11:30 a.m., and recommenced at about 1:15 p.m. at which time the Minister's representative requested the application of subsection 103.1(7) which was granted. The subsection reads:

transcript and hearing the arguments I am convinced that he is more than that, which confirms the reasonableness of the certificate filed by the Minister and the Solicitor General on the basis that Shandi is a member of an inadmissible class under paragraph 19(1)(e) of the Immigration Act. Shandi's evidence is that he was for some time a bodyguard to Arafat. One does not reach that position without the benefit of an intelligence network so that the guard can appreciate where there is danger and from whom. He was succeeded in the role by Force 17 - a group that is criticized by Shandi in his evidence as not to be trusted but Arafat trusted Force 17 with his life, indicating a better qualified and informed group than that described by Shandi.

Despite his declaration that he never had trouble with police or immigration authorities there are several instances where that did in fact occur. Although his evidence was to the effect that he always travelled under his own name, that declaration too is false. Also, he has almost made a career of travelling with forged documents and just managed to leave Germany, for example, before he was deported. Fake passports, even if he used his own name, are an indication of an intention to be subversive in the host country. It is not given to everyone to obtain, as he did, passports (Italian) in a country where one is a virtual stranger unless some organization exists to assist in securing them and one is a member of that illegal organization.

I have no doubt that Shandi is a competent soldier, probably a good leader in a military context (e.g. Tiebe) where he commanded a large force of troops but I have very little doubt that the Ministers were correct to act under the authority of section 40.1 of the Act with all the information provided to them by sources, which information was corroborated by other agencies.

It is inconceivable that a man who is as committed to the Palestinian cause as Shandi - even to risking the wrath of Arafat, the possibility of death in action as a soldier - would suddenly cease to be involved in a subversive way with this cause of Palestinians if he were given a green light under the Immigration Act to reside in Canada. "I am a cadre of the revolution" (transcript, p. 34).

Because his evidence was given in Arabic and translated I had to listen very carefully to the interpreter and read with considerable care the transcript provided. The evidence of Professor Brynen was most informative in highlighting the background in the area where Shandi lived and worked, and the political forces at play which help shape the history of the region. He could suggest only that it was unlikely that a military man holding the rank of Colonel would be a member of Force 17 but could not rule it out. Shandi's own evidence points to considerable knowledge of the make-up of the personnel, their fields of activity, i.e. terrorism and drug sales and their modus operandi.

I am satisfied that Shandi worked on a larger playing field and was not solely consigned military duties protecting Palestinians in camps (which incidentally he did very well and was and is committed to freeing those in the camps).

Espionage and subversion are not limited to the actual act but to be engaged in these activities the words envisage participation by one who assists or facilitates the objective as one who commits

the actus reus. Any act that is intended to contribute to the process of overthrowing a government is a subversive act. It perplexes me that so much has been written about subversion, or that the word should not be used because it runs contrary to a person's rights under the Charter to be a dissident. Certainly CSIS investigators must be aware of the difference (which may not always have been the case), but subversive acts are not difficult to distinguish from acts of protest that should not be subject to investigations. For example, if funds are raised or guns sent to the I.R.A. from Canada, is that not clearly subversion? However, vocal comment or written treaties on the "Struggle" are clearly protected under the Charter. Examples of subversive acts are not difficult to find.

Initially, I had intended to list and categorize the particular activities which I'm sure led the Ministers to move as they did and which convinced me that their action was correct. On reflection I decided it would not be particularly productive given that some of the data is top secret and could not be revealed in these reasons in any event. Also, I was guided by the words of paragraph 19(1)(e) of the Act as provided by Mr. Joyal in argument (p. 133 of Dec. 18 transcript):

> BY MR. JOYAL
>
> The question of standard of evidence that you have discussed in your judgement in the Smith decision. And it's at tab 7 of the blue book. I want to ... I have remarked at page 84, sub 4, page 84 that the basis of the certificate in the Smith decision is different from the present case. In that case, the basis of the certificate was 19(1)(f) and (g) which says:
>
> (f) persons who there are reasonable grounds to believe will, while in Canada engage in or instigate the subversion by force of any government;
> (g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;
>
> Here, the basis of the certificate is 19(1)(e). And I think it's important to note that that paragraph is drafted differently from the two (2) paragraphs (f) and (g). It says:
>
> (e) persons who have engaged in or there are reasonable grounds to believe will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes as they are

TAB

22

Case Name:

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada

Between
Toronto Star Newspapers Limited and Kassim Mohamed,
Plaintiffs, and
Her Majesty the Queen in Right of Canada, Defendant

[2007] F.C.J. No. 165

[2007] A.C.F. no 165

2007 FC 128

2007 CF 128

[2007] 4 F.C.R. 434

[2007] 4 R.C.F. 434

308 F.T.R. 196

278 D.L.R. (4th) 99

151 C.R.R. (2d) 74

155 A.C.W.S. (3d) 564

Docket T-739-06

Federal Court
Toronto, Ontario

Lutfy C.J.

Heard: September 25 and October 18, 2006.
Judgment: February 5, 2007.

(92 paras.)

Civil evidence -- Documentary evidence -- Publication bans and confidentiality or sealing orders -- Motion by Toronto Star challenging constitutionality of ss. 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of Canada Evidence Act -- Attorney General launched proceeding pursuant to s. 38 of Canada Evidence Act to have Federal Court determine whether secret information in litigation should be disclosed -- Impugned sections denied Toronto Star access to s. 38 application and all court records associated with proceeding although all parties were present and no secret information was disclosed during such private sessions -- Motion allowed -- Infringement under s. 2(b) of Charter not justified by s. 1 -- Impugned sections read down -- Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2).

Constitutional law -- Constitutional validity of legislation -- Motion by Toronto Star challenging constitutionality of ss. 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of Canada Evidence Act -- Attorney General launched proceeding pursuant to s. 38 of Canada Evidence Act to have Federal Court determine whether secret information in litigation should be disclosed -- Impugned sections denied Toronto Star access to s. 38 application and all court records associated with proceeding although all parties were present and no secret information was disclosed during such private sessions -- Motion allowed -- Infringement under s. 2(b) of Charter not justified by s. 1 -- Impugned sections read down -- Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2).

Constitutional law -- Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Reasonable limits -- Oakes test -- Proportionality test -- Fundamental freedoms -- Freedom of expression -- Motion by Toronto Star challenging constitutionality of ss. 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of Canada Evidence Act -- Attorney General launched proceeding pursuant to s. 38 of Canada Evidence Act to have Federal Court determine whether secret information in litigation should be disclosed -- Impugned sections denied Toronto Star access to s. 38 application and all court records associated with proceeding although all parties were present and no secret information was disclosed during such private sessions -- Motion allowed -- Infringement under s. 2(b) of Charter not justified by s. 1 -- Impugned sections read down -- Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2).

Motion by Toronto Star challenging constitutionality of ss. 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of Canada Evidence Act requiring all application hearings under s. 38 to be heard in private and requiring confidentiality to be maintained in respect of all applications and court records relating to s. 38 proceedings -- Plaintiff Mohamed sued Attorney General for damages due to disclosure of plaintiff's personal information to foreign security agencies -- Attorney General was informed that secret information was about to be disclosed -- Attorney General launched proceeding pursuant to s. 38 to have Federal Court determine whether secret information should be disclosed -- Existence of s. 38 proceeding disclosed to the public -- Proceeding was private, as opposed to ex-parte, and in presence of all parties -- No secret information disclosed at private sessions under s. 38 -- Combined effect of ss. 38.04(4) and 38.12(2) was to deny Toronto Star access to s. 38 application and all court records associated with proceeding although all parties were present at proceeding and no secret information was disclosed during such sessions -- HELD: Motion allowed -- Sections 38.04(4),

38.11(1), and 38.12(2) of Canada Evidence Act infringed Toronto Star's rights under s. 2(b) of Charter -- Infringements not justified under s. 1 as impugned provisions did not meet minimum impairment requirement of Oakes test -- Where court sessions and court records were available to all parties in litigation, these confidentiality requirements infringed unjustifiably on open court principle -- Mandatory requirement to exclude public from portions of review hearing when there existed no risk that national security information or foreign confidences could be disclosed was overbroad -- Impugned sections read down to apply only to ex pate representations provided for in s. 38.11(2) -- Open court principle required media access and timely publication -- In exceptional event where exclusion of public might be justified even when all parties were present, ss 38.04(4) and 38.12(1) provided Court with discretionary authority to adopt such measures as warranted by circumstances to protect confidentiality of secret information.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Anti-Terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, s. 38

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 38, s. 38.02(1) (c), s. 38.03, s. 38.04(2)(c), s. 38.04(4), s. 38.04(5)(a), s. 38.04(5)(c), s. 38.06(1), s. 38.06(3), s. 38.09, s. 38.1, s. 38.11(1), s. 38.12(2), s. 38.131

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, s. 1, s. 2(b)

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17(3)(b)

Federal Courts Rules, Rule 26, Rule 29, Rule 151

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 46, s. 51, s. 51(2)(a), s. 51(3)

Counsel:

Paul Schabas, Ryder Gilliland and Rahool Agarwalm for the Plaintiff - Toronto Star Newspapers Ltd.

Lorne Waldman, for Plaintiff - Kassim Mohamed.

Alain Préfontaine, for Defendant.

REASONS FOR ORDER

1 **LUTFY C.J.**:-- For some twenty-five years now, hearings in the Federal Court have been held

64 Section 51 of the *Privacy Act* establishes the procedure governing the conduct of judicial review application hearings where a government institution refuses an individual's request for access to personal information in order to protect government interests similar to those involved in section 38 proceedings.

65 Paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) require the reviewing court to hold the application hearing in private and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure.

66 As in these proceedings, the question before the Supreme Court of Canada was whether the impugned provisions trenched unjustifiably on the open court principle.

67 The Supreme Court affirmed the validity of the statutory requirement that government submissions concerning secret information be received *ex parte* and in private. In view of this decision, the plaintiffs in this case, as noted earlier, did not challenge the constitutionality of the analogous requirement in subsection 38.11(2).

68 Writing for the unanimous Court, Justice Louise Arbour found that paragraph 51(2)(a) failed the *Oakes* test at the minimal impairment branch. In particular, Justice Arbour concluded that the mandatory requirement to exclude the public from portions of the review hearing when there existed no risk that national security information or foreign confidences could be disclosed was overbroad: A[S]ection [51(2)(a)] is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts (*Ruby* at paragraph 59, emphasis added).

69 Justice Arbour's characterization of the overbroad scope of paragraph 51(2)(a) of the *Privacy Act* applies with equal force to the analogous procedural requirement in subsection 38.11(1), which prohibits public access to the private sessions of section 38 proceedings.

70 In my view, the impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle. Accordingly, I conclude that these provisions fail at the minimal impairment branch of the *Oakes* test and cannot be saved under section 1 of the *Charter*.

71 On the basis of the same principles enunciated in *Ruby*, I find that subsection 38.11(1) is overbroad in closing the court to the public even where no secret information is at risk to justify a departure from the open court principle.

72 Similarly, subsections 38.04(4) and 38.12(2) are overbroad in subjecting all court records associated with the private sessions to mandatory confidentiality requirements where no secret information is at risk to justify a departure from the general principle of open courts. My view in this regard is consistent with the acknowledgement by all parties that the outcome concerning the constitutionality of all three impugned provisions should be the same.

B. *The Appropriate Constitutional Remedy*

73 During the hearing to canvass the parties' views on remedies, the Attorney General of Canada argued that, in the event this Court concluded the impugned provisions constituted an unjustified infringement of the open court principle, the appropriate remedy would be to strike down these provisions. This submission varied the original suggestion by counsel for the government that reading down was the appropriate remedial solution.

74 In arguing that the appropriate remedy is to strike down the impugned provisions, the Attorney General of Canada purported to rely on the Supreme Court's decision in *Ruby*.

75 First, the impugned provisions in *Ruby* were not struck down. Justice Arbour relied on reading down as a constitutional remedy in rendering section 51 of the *Privacy Act* compliant with section 2(b) of the *Charter*.

76 It had been the practice of counsel, on consent, to conduct *Privacy Act* hearings in public where no secret information could be disclosed. The Supreme Court disapproved of this practice. For Justice Arbour, it was not open to the parties to bypass Parliament's unambiguous language clearly intended to exclude the public from section 51 hearings.

77 I understand Justice Arbour to have relied on reading down as the appropriate constitutional remedy to cure the overbroad scope of the mandatory *in camera* hearing required by paragraph 51(2)(a). She accommodated the constitutional imperative that private sessions, where no secret information is disclosed, be open to the public by invoking the reading down mechanism (at paragraphs 58 and 60):

> Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is "read down" as a constitutional remedy, it cannot otherwise be interpreted to bypass its mandatory nature.
>
> [...]
>
> The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(*a*) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.
>
> [Emphasis added].

78 Second, contrary to what was argued by the Attorney General of Canada, the provisions of

section 38 provide for the flexibility found in section 46 of the *Privacy Act*.

79 In particular, subsection 38.12(1) confers a broad discretion upon the presiding judge to make any order to protect the confidentiality of the information to which the hearing relates. In addition, subsection 38.04(4) confers an analogous discretion upon the Chief Administrator of the Courts Administration Service to adopt any appropriate measure to safeguard the confidentiality of section 38 applications.

80 Subsections 38.04(4) and 38.12(1) reflect Parliament's intent to afford the designated judge the discretion to adopt any confidentiality measures required to safeguard secret information. In the rare, indeed unlikely, event that the circumstances surrounding a section 38 proceeding require that the public be prohibited from accessing even the private sessions and related documents, the judge has the discretionary authority, analogous to that provided for in section 46 of the *Privacy Act*, capable of safeguarding the confidentiality of any information when required.

81 The government argued that Rules 26, 29, 151 of the *Federal Courts Rules* concerning the inspection of court files, *in camera* hearings, and confidentiality orders provide the Court discretionary authority to protect secret information. In my view, this discretionary authority is conferred upon the Court by section 38 and I do not concede that recourse to the *Federal Courts Rules* is necessary. If I am wrong, however, these Rules do afford the Court a further flexibility to adopt any measures to prevent the inappropriate disclosure of secret information.

82 Put simply, the approach to reading down adopted in *Ruby* is the appropriate manner in which to remedy the constitutional defects in the impugned provisions of section 38.

83 Concerning the mandatory exclusion of the public from the private sessions, I find that the structure of subsections 38.11(1) and 38.11(2) mirrors that of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*. Accordingly, subsection 38.11(1) ought to be read down as a constitutional remedy to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

84 As in *Ruby*, the effect of this decision will be that private sessions, as defined in these reasons, are presumptively open to the public. To repeat, in the exceptional event where the exclusion of the public may be justified even when all parties are present, subsections 38.04(4) and 38.12(1) provide the Court with the discretionary authority to adopt such measures as are warranted by the circumstances to protect the confidentiality of secret information.

85 The "rare, indeed unlikely, event" I have referred to in paragraph 80 is to be understood in the context of the premise of this decision, that the existence of the designated proceeding has been made public.

86 The mandatory confidentiality requirements in subsections 38.04(4) and 38.12(2) should also be read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for

TAB

23

Commission of Inquiry
Concerning Certain Activities of the
Royal Canadian Mounted Police

Second Report — Volume 1

Freedom and Security under the Law

August, 1981

AGC0634

©Minister of Supply and Services Canada 1981

Available in Canada through

Authorized Bookstore Agents
and other bookstores

or by mail from

Canadian Government Publishing Centre
Supply and Services Canada
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Catalogue No. CP32-37/1981-2-1E
ISBN 0-660-10951-4
ISBN 0-660-10950-6 (V. 1 and 2)

Canada: $12.00 (2 Volumes)
Other Countries: $14.40 (2 Volumes)

Price subject to change without notice

January 23, 1981

TO HIS EXCELLENCY
THE GOVERNOR IN COUNCIL

MAY IT PLEASE YOUR EXCELLENCY

We, the Commissioners appointed by Order in Council P.C. 1977-1911 dated 6th July, 1977, to inquire into and report upon certain activities of the Royal Canadian Mounted Police,

BEG TO SUBMIT TO YOUR EXCELLENCY
THIS SECOND REPORT ENTITLED:
"FREEDOM AND SECURITY UNDER THE LAW"

Mr. Justice D.C. McDonald (Chairman)

D.S. Rickerd, Q.C.

Guy Gilbert, Q.C.

CHAPTER 1

SECURITY AND DEMOCRACY: INTERESTS REQUIRING PROTECTION AND THREATS TO THOSE INTERESTS

A. THE NEED FOR SECURITY

2. Paragraph (c) of our terms of reference calls upon us to report and make recommendations on the policies, procedures and laws governing the activities of the R.C.M.P. in the discharge of its responsibility to protect "the security of Canada". The terms of reference do not explain what is meant by the phrase "the security of Canada", and yet some explanation is surely required. In recent years in our own country and other Western democracies, we have experienced the dangers of using such a term too loosely. All manner of questionable activities encroaching on civil liberties may be perpetrated on the citizens and residents of a country in the name of national security. In response to this experience there has been a tendency in some quarters to reject the concept of 'national security' entirely and to rely instead on concepts that are more readily understood, such as 'national defence' and 'law enforcement'. But we question whether these alternative phrases adequately cover the security activities that, in our view, need to be carried out in all states, including Canada.

3. The Royal Commission on Security which reported in 1968 on the operation of Canadian security methods and procedures gave its understanding of the meaning of the "security of Canada". In its view, it was the indisputable duty of the state

> . . . to protect its secrets from espionage, its information from unauthorized disclosure, its institutions from subversion and its policies from clandestine influence.[1]

In our First Report on *Security and Information*, without attempting to be exhaustive, we stated that, in our opinion, there were two concepts involved in the "security of Canada":

> The first is the need to preserve the territory of our country from attack. The second concept is the need to preserve and maintain the democratic

[1] *Report of the Royal Commission on Security*, Ottawa, 1969, paragraph 28.

processes of government. Any attempt to subvert those processes by violent means is a threat to the security of Canada.[2]

Fundamental to both these definitions are two basic needs: first, the need to protect Canadians and their governments against attempts by foreign powers to use coercive or clandestine means to advance their own interests in Canada, and second, the need to protect the essential elements of Canadian democracy against attempts to destroy or subvert them. These, we believe, are fundamental security requirements which must be met in Canada if our country is to be truly self-governing.

4. The threats to Canada's security against which protection is needed today and in the foreseeable future fall into three basic categories: activities of foreign intelligence agencies, political terrorism, and subversion of democratic institutions. We will be expanding on these three threats throughout this Report and will make only a few germane comments about them here.

5. First, there are the clandestine activities of agents of foreign powers in Canada. These have not lessened, although Canada has not been at war for many years and a relaxation of international tensions has been associated with what is perhaps somewhat optimistically referred to as East-West détente. On the contrary, in recent years, the number of foreign intelligence agencies has increased, as have the attempts to use these agencies against Canada, both to obtain intelligence and to influence Canadian policies.

6. A second type of threat to Canadian security arises from politically motivated acts of violence and threats of violence aimed at forcing governments to act in a certain way. Today, the popular word for activities of this kind is 'terrorism'. The internationalization of terrorist activities since the late 1960s has significantly increased the severity of this threat to the security of Canada. (It is interesting to note that the 'terrorist' threat to security was not even mentioned in the Report of the Royal Commission on Security, which reported in 1968.) It would be rash to predict a disappearance of the 'terrorist' threat in the future: political fanaticism is not on the wane, and modern technology increases the power of a few to threaten the many. Protection against terrorism is likely to be a security requirement for many years to come.

7. The third category of threat to Canada's security today and in the future concerns activities of those whose objectives are to subvert or destroy the democratic system of government in Canada. Fortunately, since the Second World War subversive organizations on the extreme left and the extreme right of the political spectrum have not posed a serious threat to the democratic process in Canada. There remain, however, a few small groups, some with considerable foreign support, which are committed to the destruction of democracy in Canada. A democratic state such as Canada has a duty to protect itself against those who work actively to overthrow the foundations of our parliamentary democracy: namely, free elections with universal adult

[2] *Security and Information, First Report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police*, Ottawa, 1979, paragraph 38.

suffrage, free public discussion about public affairs, freedom of the press, freedom of assembly for the purpose of organizing and marshalling public opinion about political matters, and the application of the rule of law.

8. One way in which Canada's internal security is protected is through the enforcement of the criminal law. Law enforcement agencies at the federal, provincial and municipal levels have an important role to play in apprehending those who conspire or attempt to carry out, or who have carried out, an act of espionage, terrorism or subversion against the democratic system. But the security of Canada would be badly served if this were the only form of protection. Advance intelligence is needed to prevent espionage networks or terrorist support systems being established in Canada. Government departments need reliable information on which to judge whether persons being considered for positions involving access to secret information are security risks. Immigration and Citizenship officials similarly require reliable information as to whether persons applying for entry to Canada or for Canadian citizenship are participants in activities endangering the security of Canada. Those responsible at the federal and provincial levels for securing strategic installations, such as nuclear power stations or defence production centres, from sabotage or espionage need advice on the nature of possible attacks and on appropriate protective measures. Similarly, the security of international events in Canada, such as the Olympic Games, the Habitat Conference and the Commonwealth Games, and of visiting international dignitaries and our own political and governmental leaders, requires timely advance assessments of the source and techniques of possible terrorist attacks.

9. In a word, a democratic state needs security intelligence to protect itself against attack on its democratic values and procedures. That is why all of Canada's democratic allies have developed organizations, either within or alongside their police forces, which specialize in security intelligence work, collecting and reporting intelligence about threats to internal security to appropriate government departments and law enforcement agencies. A security system thus requires the capacity to obtain and report timely intelligence to those executive agencies responsible for taking lawful protective measures against threats to security.

10. But in our mind there is more than just an internal need for a security intelligence agency. Canada's international alliances require that it be able to assure its allies, with whom it participates in common defence arrangements, that it has a sound system of internal security. Allied countries will not entrust Canadian officials and political leaders with secret information unless Canada has in place effective structures and procedures for detecting and preventing foreign espionage. Similarly, Canada is a signatory to a number of international agreements providing for cooperation in combatting terrorism.[3] These agreements provide Canada with international support in the event of a terrorist attack on Canadians at home or abroad, and they entail a correspond-

[3] L.C. Green, "Terrorism — The Canadian Perspective", in *International Terrorism: National, Regional and Global Perspectives*, ed. by Y. Alexander, New York, Praeger, 1976.

ing responsibility for Canada to assist other countries subjected to terrorist attacks.

11. The security of Canada, as we understand it, is a concern of both levels of government in Canada. Canada is a federal state: it is essential that the democratic character of government, both federal and provincial, be secured from clandestine foreign interference and attempts at violent subversion.

12. The British North America Act[4] does not explicitly assign legislative jurisdiction over security to either level of government. The federal Parliament's power to make laws for the peace, order and good government of Canada in relation to all matters not exclusively assigned to the provinces, undoubtedly provides constitutional support for a large federal role in security, especially in emergency situations. In the Alberta Press Act case in 1938, Chief Justice Duff of the Supreme Court of Canada held that

> ... the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from the British North America Act as a whole...and since the subject matter in relation to which the power is exercised is not exclusively a provincial matter, it is necessarily vested in Parliament.[5]

Mr. Justice Fauteux of the Supreme Court, in the case of *Switzman* v. *Elbling* in 1957, stated that

> ... questions which are of the order of the security of the state cannot be considered a matter of a purely local or private character within the province.[6]

Further constitutional support for the federal government's role in safeguarding the security of Canada may be found in its exclusive jurisdiction over Defence and over Criminal Law and Criminal Procedure. Under the latter power the federal Parliament has identified the criminal offences which relate to security, for example, treason, seditious libel, seditious conspiracy, uttering seditious words, sabotage, and espionage.

13. However, the provinces too have security concerns and responsibilities. The provinces are concerned with securing provincial and municipal institutions against subversive attack. In exercising their responsibility for the appointment of provincial officials, provincial governments need information about persons who constitute security risks. The provinces' responsibility for the administration of justice gives them a primary role in taking police and prosecutorial measures against persons, such as terrorists, when their activities against Canadian security have escalated to the point of becoming criminal offences.

14. Whatever the constitutional niceties, it is clear that from a practical point of view both levels of government have important roles to play in meeting Canada's security requirements. Most of the activities threatening Canada's security have national and international dimensions. The federal government should have the primary responsibility for collecting intelligence about these

---

[4] (1867) 30 & 31 Vic., ch.3 (U.K.). Reproduced in R.S.C. 1970, Appendices.

[5] *Reference re: Alberta Statutes* [1938] S.C.R. 100, at pp. 133-134.

[6] *Switzman* v. *Elbling and Attorney General for Quebec* [1957] S.C.R. 285, at p. 324.

threats and for coordinating measures to protect Canadians and international visitors from them. Provincial and municipal authorities have a primary responsibility for the enforcement of law and maintaining peace at the local level. In security matters these respective responsibilities will frequently intersect. In relation to terrorism, for example, federal agencies should endeavour to obtain intelligence about the identity, movement and techniques of persons in Canada who are associated with international terrorist groups or who receive support for terrorist activities from foreign countries. This intelligence should be shared with provincial and municipal authorities to assist them in taking measures to protect foreign visitors and Canadian V.I.P.s within their jurisdictions, and to assist local police in apprehending persons participating in acts of political violence.

15. The effective provision of security in a federal state requires close cooperation among all levels of government. For this reason, we believe it would be a mistake to assume that the security requirements and functions we have identified above can be swept into a sphere of exclusive federal jurisdiction simply by attaching the label 'national security' to them. Safeguarding Canada from attempts by foreign-directed or purely domestic groups to subvert Canadian democracy will be jeopardized if 'national security' becomes a subject of federal-provincial rivalry. Later in this Report, when we turn to our proposals for a Security Plan for the Future, we shall make some recommendations about ways and means of improving federal-provincial cooperation with regard to the security of Canada.

B. SECURITY AND THE REQUIREMENTS OF LIBERAL DEMOCRACY

16. Liberal democracies face a unique challenge in maintaining the security of the state. Put very simply, that challenge is to secure democracy against both its internal and external enemies, without destroying democracy in the process. Authoritarian and totalitarian states do not have to face this challenge. In such countries there is no need to ensure that security agencies, whose techniques inevitably involve a great deal of secrecy, be accountable to an elected legislature. Nor is there a requirement in such states that all of their security measures be authorized or provided for by law and that none of their officials be above the law. Only liberal democratic states are expected to make sure that the investigation of subversive activity does not interfere with the freedoms of political dissent and association which are essential ingredients of a free society.

17. Canada must meet both the requirements of security and the requirements of democracy: we must never forget that the fundamental purpose of the former is to secure the latter. Those who seek to subvert Canada's democratic institutions would realize an ironic victory if Canadians were to permit their governors to violate the requisites of democracy in the course of protecting them from its opponents.

18. Providing effective security within a liberal democracy has in recent years come to be acknowledged as a major problem of public policy in most Western

democracies. That challenge, which is at the centre of our work, has been the underlying purpose of inquiries into the activities of security and intelligence agencies in Australia, New Zealand, the United Kingdom and the United States. In Australia, Mr. Justice Hope was appointed in 1974 as a single Commissioner to carry out a comprehensive study of Australia's security system. His reports, submitted in 1977, led to the enactment in 1979 of a new charter for the Australian Security Intelligence Organization. In 1976, Sir Guy Powles, the Chief Ombudsman of New Zealand, completed a study of the practices, procedures and organization of that country's security intelligence agency. In the United Kingdom there has been a series of special studies and reports on security problems going back to the 1955 Privy Councillors' Report on Security, and including the Radcliffe Report in 1962 on Security Procedures in the Public Service and Lord Denning's Report on the Profumo affair in 1963. In March 1980, the Secretary of State for the Home Department (the Home Secretary) submitted a report to Parliament on the interception of communications in relation to security and criminal investigations. In the United States, a Commission chaired by Vice-President Rockefeller reported in 1975 on C.I.A. activities within the United States. A year later, a Select Committee of the United States Senate, chaired by Senator Church, completed a six-volume report on the intelligence activities of the United States. The Church Report provided the foundation for the drafting of proposed comprehensive legislative charters for intelligence agencies in that country. The opening page of the Rockefeller Report sets out the following statement (which quotes, in part, President Ford's announcement of the establishment of the Commission) of the challenge which confronts all democracies with regard to their security arrangements:

> While it is vital that security requirements be met. . . it is equally important that intelligence activities be conducted without impairing our democratic institutions and fundamental freedoms.[1]

19. In taking the position that the requirements of security in Canada must be reconciled with the requirements of democracy, let us be clear that we regard responsible government, the rule of law, and the right to dissent as among the essential requirements of our system of democracy.

20. By responsible government we mean that there must be effective procedures for ensuring that those who carry out security investigations and other security measures are accountable to Ministers of the Crown, who in turn are responsible to Parliament. Security activities of necessity involve a great deal of secrecy because they are normally being carried out to detect and prevent secret activities. Security operations, to be effective, cannot be an open book to the whole world, but it does not follow that they cannot be an open book to responsible Ministers. The Honourable Robert Stanfield, then Leader of the Opposition, put this point very well in 1969 when he said in the House of Commons:

---

[1] *Report to the President by the Commission on C.I.A. Activities within the United States*, p. 3.

> What would be cause for grave concern would be any thought that much of the operation is beyond the ken of the ministry or the Prime Minister; that there are not ministers, elective and responsible members of government, to whom the entire security operation is an open book, who have continuing access to everything that is going on in that area, and who give proper, responsible, political, civilian direction to the operation on a continuing basis.[8]

We would add that not only must responsible Ministers have knowledge of and give direction to security operations, but there must also be means for ensuring that representatives of the opposition parties in Parliament are adequately informed of these activities.

21. Second, the rule of law must be observed in all security operations. Several meanings have been given to this phrase. The meaning which we have in mind is that expressed by the English writer, A.V. Dicey, when he wrote that

> . . . here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals. . . With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen.[9]

In our context this means that policemen and members of a security service, as well as the government officials and ministers who authorize their activities, are not above the law. Members of the security organization must not be permitted to break the law in the name of national security. If those responsible for security believe that the law does not give them enough power to protect security effectively, they must try to persuade the law-makers, Parliament and the provincial legislatures, to change the law. They must not take the law into their own hands. This is a requirement of a liberal society. It is, therefore, unacceptable to adopt the view, which we have found expressed within the R.C.M.P., that when the interests of national security are in conflict with the freedom of the individual, the balance to be struck is not for a court of law but for the executive. In very recent years within the R.C.M.P. there has been a view that this conclusion is supported by a 1977 English case, *R.* v. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball:*[10]

> But this is no ordinary case. It is a case in which national security is involved, and our history shows that, when the state itself is endangered, our cherished freedoms may have to take second place.

However, it is misleading to quote this statement out of context. The case concerned an alien whom the Home Secretary ordered to be deported in the interests of national security because he had information that the alien had obtained information for publication harmful to the security of the nation, including information prejudicial to the safety of servants of the Crown. The alien claimed that he was entitled to see the report which was made about him

---

[8] House of Commons, *Debates*, June 26, 1969, p. 10639.

[9] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth edition, London, Macmillan, 1959, p. 193.

[10] [1977] 3 All E.R. 452 at 457.

by a non-statutory advisory Committee which reported to the Home Secretary before the deportation order was made. He contended that natural justice so entitled him. It was in answer to that contention that the above statement was made by Lord Denning, who then continued:

> Even natural justice itself may suffer a set-back... In the first world war, in *R.* v. *Halliday*,[11] Lord Finlay L.C. said: 'The danger of espionage and of damage by secret agents... had to be guarded against.'... But times of peace hold their dangers too. Spies, subverters and saboteurs may be mingling amongst us, putting on a most innocent exterior...
>
> If they are British subjects, we must deal with them here. If they are foreigners, they can be deported. The rules of natural justice have to be modified in regard to foreigners here who prove themselves unwelcome and ought to be deported.

It is thus quite inappropriate to quote what Lord Denning said outside the context of whether the principles of natural justice apply to the exercise of a power to deport, as if it were authority for altering the norms that bind members of the R.C.M.P. when national security is involved.

22. Third, the right of democratic dissent requires that the advocacy of unpopular ideas not be confused with attempts to subvert democracy. A democracy is not liberal unless it permits those of its citizens who seek very basic social, economic or even constitutional change within the democratic system to expound their viewpoint in public and seek adherents to their cause. If citizens who exercise this freedom have their activities noted in secret security dossiers to be used against them by the state, the enjoyment of such freedom is imperilled. The political freedom essential to our democratic system requires that security measures properly distinguish between democratic dissent and true subversion.

23. Those who are responsible for carrying out Canada's security measures must constantly bear in mind that the right to dissent is a constitutional requirement in Canada. This requirement was aptly expressed by Mr. Justice Rand of the Supreme Court of Canada when he stated that under our Constitution

> ... government is by parliamentary institutions, including popular assemblies elected by the people at large in both provinces and the Dominion: government resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas.[12]

In a similar vein, Mr. Justice Abbott of the Supreme Court of Canada held that

> The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.[13]

---

[11] [1917] A.C. 260 at 270.

[12] *Saumur* v. *Quebec and Attorney General for Quebec* [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 330.

[13] *Switzman* v. *Elbling and Attorney General for Quebec* [1957] S.C.R. 285, at p. 326.

The investigation of security threats by the state must respect this constitutional right to dissent. The exercise of that right must not become an invitation to be spied upon by state security agencies.

24. Canada must have effective security. Security measures have the basic objective of securing our democratic system. The means used to achieve security must meet the requirements of democracy. Effective security within a democratic framework — that is the fundamental precept which has guided our diagnosis of past failures and wrongdoings in Canada's security system, as well as our prescription for reform of the system.

CHAPTER 2

A SECURITY INTELLIGENCE PLAN FOR THE FUTURE: A SUMMARY

A. REASONS FOR HAVING A SPECIAL FEDERAL AGENCY FOR SECURITY INTELLIGENCE

1. In considering the policies, procedures and laws which should govern the R.C.M.P. in the discharge of its responsibility to protect the security of Canada, we are concerned first and foremost with the R.C.M.P. Security Service. It is the Security Service which now fulfills the function of Canada's security intelligence agency. Thus our recommendations for Canada's security arrangements will focus on the future of the Security Service. We will be concerned with its intelligence collection role and powers, its role in providing advice to government, especially with respect to security screening and in crisis situations; its relationship with police forces, other federal departments and provincial and municipal authorities, and with foreign agencies; its personnel, internal management and organizational structure; its direction and control by Ministers, and the review of its activities by Parliament and independent bodies.

2. Before we deal with these various features of the security plan for the future, a preliminary question must be faced. Does Canada need an agency at the federal level with the specialized task of a security intelligence agency? Or could the various tasks involved in collecting, analyzing and reporting information about threats to the security of Canada be left to other existing government departments and agencies and to regular police work at the federal, provincial and municipal levels? This is clearly an essential question, for if there were no need for the federal government to maintain an agency which specializes in security intelligence functions, then our leading recommendation in this part of our Report would be to abolish the R.C.M.P. Security Service and not replace it with any distinct organization devoted to security intelligence responsibilities.

3. The question as to whether there is a need for a federal security intelligence organization is also fundamental in terms of public accountability. We believe that we have reached a point in Canadian history when a security service, if it is to serve Canada effectively, must have a clear public mandate. Whatever the merit in the past of keeping the existence and responsibilities of such an organization secret, that practice has had its day in Canada. If there is

to be a security service, especially one with intrusive investigatory powers, both the government and the public must have a clear understanding of the need for it.

4. The question of the need for a national security intelligence organization has two aspects: first, is there a need for intelligence pertaining to national security? Second, is there a need in Canada for a specialized agency at the federal level to provide that security intelligence?

5. Our answer to the first part of the question, as we indicated in Part II, is in the affirmative: Canada does need security intelligence. But this answer means very little unless we explain what we mean by security intelligence. Security intelligence is essentially advance warning and advice about activities which threaten the internal security of Canada. In our First Report we put forward the view that the term 'security of Canada' (or 'national security') involves at least two concepts: first, the need to preserve the territory of our country from attack; second, the need to protect our democratic process of government from violent subversion. In Part II of this Report we referred in general terms to the activities which we regard as constituting the principal threats to the security of Canada. Such activities fall into three general categories: foreign intelligence activities, terrorism, and domestic subversion. With respect to each of these categories we think it important to indicate in more detail the types of activity about which governments and police forces in Canada should have advance intelligence.

Nature of the threats

6. First, as to foreign intelligence activities, it is evident that all of the major powers and a number of other powers have foreign intelligence agencies with mandates to operate in a clandestine or deceptive manner in foreign countries. As we reported in the historical overview at the beginning of this Report, there is ample evidence that members of many of these agencies have been active in Canada. The intelligence agencies of Communist countries remain the most significant threat of this kind in Canada today. There is every indication that these agencies will continue their efforts in Canada in the foreseeable future. But there are many other countries whose secret intelligence activities pose a threat to Canadian democracy and sovereignty, now and in the future. Several Middle Eastern countries, for example, have developed aggressive foreign intelligence agencies and we have reviewed evidence of their activities in Canada. Furthermore, it would be naïve to believe that our sister democracies and military allies would never in the future attempt to pursue their economic or political interests in Canada through their well-funded and highly professional secret intelligence agencies. In a world of increasingly scarce energy resources and tough economic competition it is essential that Canada have a capacity to detect the efforts of any country to advance its interests in Canada by clandestine means.

7. In many instances the objectives of foreign 'intelligence' agencies embrace much more than collecting intelligence. They include a wide range of efforts to promote their own country's interests in Canada by means that go well beyond

acceptable lobbying and diplomatic representation. Such activities have taken several forms. An example is trying to manipulate the political leadership of an ethnic community in Canada by threatening reprisals against relatives in the country of origin. Another is compromising a politician or government official so that under threat of blackmail he acts as an agent of influence for a foreign country. Yet another is cultivating a friendship within our scientific community which leads by imperceptible steps from obtaining open scientific information to obtaining information that could be used to damage Canada's competitive position in international trade. The protection of our citizens, the trust of our allies and, above all, our capacity for self-government, require that we make an effort in Canada to ensure that the government is well-informed about the operations in Canada of all foreign intelligence agencies. Canada's sovereignty as a nation would, we believe, be seriously undermined if the secret intelligence agencies of the world had reason to believe that they had, as it were, a free ride in Canada and could operate here without any fear of detection.

8. Information about foreign intelligence activities is needed in a number of contexts. There is, of course, the law enforcement context, in which information about a foreign agent's preparations to commit espionage or sabotage or actual acts of espionage or sabotage may be used by law enforcement agencies for prosecutorial purposes. But if Canada's security is effectively protected, situations of this kind should be exceptional. The aim should be to have advance intelligence which will enable the government to take preventive measures. It should be borne in mind that foreign intelligence agents very often operate under cover of diplomatic status and because of such status are normally not prosecuted. Those responsible for Canada's international relations need timely and well-informed advice about the secret intelligence proclivities of foreign diplomats, preferably before they are granted diplomatic visas to enter Canada and certainly after they are granted such visas. Numerous other examples of the need for information about foreign intelligence activities can be cited. It is sometimes necessary to warn Canadians travelling abroad about recruitment techniques employed by foreign intelligence agencies, to advise Canadian businessmen about the interest of foreign intelligence agencies in acquiring Canadian technology for their country, and to inform departments of government about the technological capacity of foreign intelligence agencies to intercept communications and gain access to protected information. All of these contexts are well outside regular law enforcement responsibilities.

9. The second category of activity about which security intelligence is needed concerns those political acts which, while not amounting to full-scale rebellion or revolution, involve the use or threat of violence to influence the political process. The modern term for activity of this kind is terrorism. Although terrorism is by no means a new phenomenon, it has assumed dimensions which pose a serious threat to Canada's internal security. To begin with, there has been a significant increase in the international dimension of terrorism. Modern means of communication and transportation have shrunk the world, politically speaking. For example, a group whose terrorist activity is directed at changing political conditions in the Middle East or Latin America may secure financial backing from an African, European or Caribbean country and stage a terrorist

act at an international event hosted by Canada. Mass media have increased the impact which a very small group of fanatics, through a symbolic act of violence, can hope to make on public opinion and government decision-making. The leverage which terrorists can exert increases with the availability of means of mass destruction, including nuclear and bacteriological devices. Although we do not know whether any terrorist group today has the capability of making a nuclear bomb, we do know that the increase in nuclear facilities and traffic in fissionable material will increase the opportunities for this drastic form of political blackmail in the future.

10. We should stress that it is the political form of terrorism with which security intelligence is primarily concerned. Threats or acts of violence by persons with no political motive, while of great concern to those responsible for the security of life and property in Canadian communities, do not threaten to subvert Canada's democratic process of government or infringe on its national sovereignty. But threats of violence designed to force a municipal, provincial or federal government to change its policies are a serious violation of the Canadian system of democratic government. Similarly, politically motivated attacks on representatives of foreign countries visiting Canada or on the embassies or consulates of foreign countries in Canada reduce Canada's capacity to participate responsibly in the community of nations.

11. Acts of political terrorism, when there is reason to believe they are about to occur or after they occur, are properly the concern of law enforcement agencies. But governments and police forces in Canada should have advance intelligence. Immigration authorities, for example, should have information about international terrorists to be able to identify them when they apply for entry to Canada. When international events such as the Habitat Conference, the Olympic Games or the Commonwealth Games are staged in Canada it is essential to have up-to-date assessments of terrorist techniques and possible sources of attack. In crisis situations such as hijackings of aircraft or kidnappings, intelligence is needed on the character and methods of terrorists to guide those who are dealing with the situation. Furthermore, Canada, as a signatory to several international conventions concerning international cooperation in combatting terrorism (most recently the Bonn convention of 1978), is obliged to contribute to the international pool of intelligence about terrorists.

12. The third category of activity about which Canada should have security intelligence is domestic subversion. This term must be very carefully defined. If it is used loosely so as to embrace the legitimate political dissent which is the life blood of a vibrant liberal democracy, the gathering and dissemination of security intelligence will impair rather than secure Canadian democracy.

13. The key element in the subversive activity which is a *proper* subject of security intelligence activity is the attempt to undermine or attack through violence or unlawful means, the basic values, processes, and structures of democratic government in Canada. Using legal means to advocate radical change in social practices or economic relationships, or in the Canadian Constitution, must not be considered a subversive activity. Strong dissent from the *status quo* is not a category of activity about which security intelligence

should be collected; nor is the planning and carrying out of political demonstrations and processions which, although they may involve violations of local by-laws and confrontations with law enforcement officials, are not aimed at destroying fundamental elements of Canadian democracy. However, a group's activities are subversive if it aims at preventing other Canadians from enjoying such democratic rights as the right to express publicly and disseminate political opinion or the right to assemble peacefully for political purposes, or if its activities are directed towards destroying the process of democratic elections, the functioning of parliamentary institutions, adjudication by independent courts of law, or the peaceful negotiation of constitutional differences. Advance intelligence about such activities should be available to governments and to police forces.

14. Fortunately, in Canadian history political organizations on the extreme left or the extreme right have not posed a significant threat to Canadian democracy. In recent years, there has been a splintering and factionalization of groups committed to various versions of Marxism and Leninism. Most of these groups are small and appear to have no viable programmes for carrying out their anti-democratic objectives. While such groups may obtain a good deal of publicity for their totalitarian philosophies, they have not succeeded in attracting the allegiance of significant numbers of Canadians. On the extreme right, there has been an even more substantial decline in the significance of Nazi- or Fascist-type groups since pre-World War II days. Their activity in Canada today consists mostly of racist propaganda and local vandalism — activities which can, for the most part, be effectively dealt with by local police.

15. Although anti-democratic groups on the extreme right and left do not at present pose a significant threat to Canadian democracy, there is a need to keep track of their strength and of their public espousal of anti-democratic political programmes. It is also essential to detect attempts by foreign powers to use such organizations for foreign intelligence purposes. Canadians should not forget the evidence reported by the Taschereau-Kellock Royal Commission in 1946 as to the way in which the Soviet Union recruited Canadian espionage agents through the Labour Progressive Party. Security intelligence about members of organizations committed to anti-democratic ideologies is also needed in the security clearance context. Immigration and citizenship authorities, as well as government departments filling positions involving access to classified information, require advice about persons who belong to such organizations — especially those whose membership is covert.

16. For purposes of analysis we have separated the kinds of activities about which security intelligence is necessary into three distinct categories. In fact there may be considerable overlap amongst these categories. A foreign intelligence agency, for instance, has been known to provide support for terrorist groups within Canada, and Canadian political organizations committed to anti-democratic ideologies have been supportive of foreign espionage activity and acts of political violence in Canada. The common element in these three categories is that each undermines Canada's capacity for democratic self-government. That is why Canada, and indeed any prudent state in today's world, needs advance security intelligence.

interests of any particular section of the community, or with any other matter than the Defence of the Realm as a whole.

5. No enquiry is to be carried out on behalf of any government department unless you are satisfied that an important interest bearing on the Defence of the Realm, as defined in paragraph 2, is at stake.[8]

44. Nowhere in the various strands of authority to which the R.C.M.P. Security Service looks for a definition of its functions is there any statement of the need to limit security intelligence investigations to what is strictly necessary for the security of Canada. The 1975 Cabinet Directive does not contain any statement which may be interpreted as providing a brake or rein on security intelligence activities. Director General Dare's letter of May 22, 1975, explaining the significance of the Cabinet Directive to senior officers of the Security Service emphasized the expansive nature of the Cabinet's mandate and the lack of constraint, as in the following passage:

> Being granted a broad intelligence base and not being constrained by either ideological or criminal considerations alone, we are now free to respond to current and rapidly changing factors affecting National Security.
>
> (Vol. 141, pp. 21761-63; Ex. M-135.)

Nowhere in the letter is there a reminder to senior officers that there is need for constraint in the exercise of the powers conferred.

45. At the beginning of this part of our Report, in defining the fundamental principles on which Canada's security system should be based, we emphasized the need to ensure that the requirements of security are compatible with the requirements of democracy. Both the government which directs the security agency and the agency itself must constantly keep this fundamental precept in mind. As Rebecca West wrote:

> . . . if we do not keep before us the necessity for uniting care for security with determination to preserve our liberties, we may lose our cause because we have fought too hard. Our task is equivalent to walking on a tightrope over an abyss.[9]

We think a statutory clause stating the need to restrict the security intelligence activities to what is strictly necessary for the security of Canada would make it more likely that those who direct and carry out security work will keep in mind the danger to liberty which can result from an overly expansive interpretation of the security intelligence agency's mandate. Such a clause should combine at least one part of the British Home Secretary's Directive with the restriction contained in the New Zealand Security Intelligence Service Act.

> **WE RECOMMEND THAT the legislation establishing Canada's security intelligence agency contain a clause indicating that the agency's work should be limited to what is strictly necessary for the purpose of protecting the security of Canada and that the security intelligence agency should not investigate any person or group solely on the basis of that person's or group's participation in lawful advocacy, protest or dissent.**
>
> (4)

---

[8] Quoted in Cmnd 2152, paragraph 238.

[9] Rebecca West, *The New Meaning of Treason*, New York, Compass Books, 1964, p. 370.

TAB

24

JL
82
I58
S4
A355

Security Intelligence Review Committee

CANADA

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité

Section 54 Report to the Solicitor General of Canada on CSIS' Use of its Investigative Powers with Respect to the Labour Movement

The Honourable Ronald G. Atkey, P.C., Q.C., Chairman
The Honourable Frank McGee, P.C., Member
The Honourable Jean Jacques Blais, P.C., Q.C., Member
The Honourable Saul M. Cherniack, P.C., Q.C., Member
The Honourable Paule Gauthier, P.C., Member

LIBRARY OF PARLIAMENT
CANADA
88 04 06
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

25 March 1988

P.O. Box / C.P. 2430, Station / Succursale "D"
Ottawa, Canada K1P 5W5
613 990-8441

AGC0635

Table of Contents

		Page
Preamble		1
Report		2
Part I	- The Activities of Marc André Boivin	2
Part II	- Investigation in the Labour Movement and the Maintenance of Files on Labour Unions	10
Part III	- Conclusions and Corrective Action	
	1. Conclusions of the SIRC Inquiry	13
	A. On the activities of M.A. Boivin B. On investigation in the labour movement and the maintenance of files on labour unions	
	2. Corrective Action taken by the Solicitor General and the Director of CSIS	15
Part IV	- Committee Comments	17

AGC0635

PREAMBLE

The following report is a synthesis of investigations conducted by the Inspector General of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Security Intelligence Review Committee (SIRC). Because the Solicitor General has already received the Inspector General's report, much of the information contained herein is already known to him. However, this report is written with a view to its being made public by the Solicitor General. It is, therefore, as complete and informative as possible consistent with national security, the Privacy Act, and the integrity of the judicial process.

Often, because of the requirements of national security, all or even parts of reports made to the Minister by the Review Committee pursuant to section 54 of the CSIS Act cannot be made public. However, in this instance we believe that the high level of public interest, which has been stimulated by the revelations accompanying Mr. Boivin's arrest, requires that the issue of CSIS' exercise of its investigative powers in relation to the labour movement be thoroughly aired.

In coming to this conclusion we have put great weight on the views expressed to us by leaders of the labour movement in Canada. We have no doubt that the information made public through the media since Mr. Boivin's arrest has had a chilling effect on normal human relations within the labour movement.

We also believe that the public image of the Canadian Security Intelligence Service has been affected by speculation much of which has been found, in this inquiry, to be inaccurate. However, certain activities did come to light which merited attention.

In October and November 1987, the Solicitor General, after having received an interim report from the Inspector General, immediately took steps to correct a situation which required urgent action. The Director of CSIS responded promptly with the implementation of new policies and operational practices as directed by the Solicitor General.

We are convinced that a public report on these matters is now required to allay concerns that have been raised by the Boivin affair and to assist the Service in the performance of its security intelligence role throughout Canada.

AGC0635

PART IV - COMMITTEE COMMENTS

We believe that the actions taken by the Minister in October and November 1987, and the response by the Director, now create the strong expectation that CSIS will operate strictly within its statutory mandate in relation to the labour movement in Canada.

We are satisfied that these actions should effectively correct the deficiencies in CSIS operational policies which investigations revealed.

The directives issued by the Minister and the new policies designed to implement these directives are complex and quite far-reaching. Since they have not yet been assessed they will require further analysis, both in their application and their interpretation. The Review Committee will examine, on a regular basis and in detail, the Service's progress in implementing every aspect of these new policies including file destruction. The Committee intends to report on these issues in its 1989 Annual Report covering the period 1 April 1988 to 31 March 1989.

During the course of this investigation, some issues have also come to SIRC's attention which are not directly related to the specific questions contained in our letter of July 6, 1987 to the Inspector General.

Mr. Boivin was targeted, essentially, against communists. During the same period, much of the CSIS Counter-Subversion Branch's human resources were targeted against communists. This operational activity in the field had, as a backdrop, a great many RCMP Security Service files on Canadian unions in CSIS Headquarters.

Such an emphasis on communists and unions does not lend itself to logical analysis by reference to specific provisions of the CSIS Act. The RCMP Security Service before 1984, and to a lesser extent CSIS since then have had an interest in left-of-centre activities, particularly when associated with unions or the labour movement, that has had more to do with attitudes of mind than provisions of the law. Clearly, the CSIS Act had very little effect on this situation until CSIS received direction from the Solicitor General in 1987.

Since 1984, neither Mr. Boivin's personal history nor his sensitive public position were cited in any CSIS discussions as reasons to cease using his services. Yet the targets against which he was to be used were already being investigated thoroughly without Mr. Boivin's information as,

indeed, they had been for many years before CSIS came into existence. Nor does there seem to have been any rigorous analysis of whether a source in such a sensitive position was really necessary to gain more insight into the activities of communists in Canada. It is difficult to avoid the conclusion that Mr. Boivin was retained simply because he had worked for many years under the aegis of the RCMP Security Service, and that work was found for him in order to justify his retention.

The Solicitor General's acceptance of our Annual Report in June 1987, his consequent appointment of the Independent Advisory Team on the CSIS in July 1987, his decision to implement the wide-ranging recommendations contained in that report, including the abolition of the Counter-Subversion Branch, and the policy letters mentioned earlier give us grounds to hope that there will be significant and substantial changes in the way CSIS conducts its affairs in the future. The tone as well as the contents of the Director's letter of December 31, 1987, to the Solicitor General, taken together with his directive to all employees on reporting procedures, and his comments in meetings with this Committee, are also valid grounds for optimism; as is the recent thorough reorganization of the management structure in the Service.

We commend both the Solicitor General and the Director for the speedy and appropriate actions they took when the problems in this area were brought to their attention by review agencies and the media.

This report, of course, is a retrospective look at RCMP Security Service and, subsequently, CSIS policies and procedures over a time frame ending about October, 1987. Therefore, despite the Committee's view that serious errors in these policies and procedures were revealed in the investigations described earlier, we expect that 1988 will witness the development of a new corporate ethos in CSIS. The changes introduced by the Solicitor General of Canada and the Director provide, we believe, a realistic basis for such optimism.

AGC0635

TAB

25

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

TOP SECRET

SECURITY INTELLIGENCE REVIEW COMMITTEE
REPORT ON CSIS ACTIVITIES
REGARDING THE CANADIAN PEACE MOVEMENT
6 JUNE, 1989

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

TOP SECRET

ATIP version

dated: JAN 3 0 2013

0173/13

Document [illegible] Access to Information [illegible] exercé en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

Report on CSIS Activities Regarding The Canadian Peace Movement

Table of Contents

I. INTRODUCTION 1

Acknowledgements 4
Some Problems Encountered 5

II. METHODOLOGY 9

a) Terms of Reference 9
b) Information Sources 9

III. CSIS OPERATIONAL ACTIVITIES REGARDING THE PEACE MOVEMENT PURSUANT TO ITS MANDATE 13

3.1 General Background on Activity 13
3.2 The Basis of CSIS' Mandate Regarding Peace Groups 15
3.3 Two Phases of the Review 21

IV. PART I - REVIEW ... IN THE BEGINNING ... JULY 15, 1984 TO MARCH 1988 23

4.1 Before the Beginning 23
4.2 Extent of the Reporting on Peace Activities 29
4.3 Transition 33
4.4 Was There a Peace Desk? 36
4.5 The Actual Files Reviewed 37
4.5.1 Files on Peace Groups 38
4.5.1.1 38
4.5.1.2 57
4.5.1.3 60
4.5.1.4 68
4.5.1.5 70
4.5.1.6 76
4.5.1.7 79
4.5.1.8 87
4.5.1.9 90
4.5.1.10 95
4.5.1.11 99
4.5.1.12 101
4.5.1.13 105
4.5.1.14 110

V. CRITICAL ANALYSIS OF CSIS ACTIVITIES PRE MARCH 1988 116

ATIP version
JAN 3 0 2013
dated:

VI. PART II - REVIEW POST SIRC REPORT AND OSBALDESTON REPORT RECOMMENDATIONS 125

6.1 CSIS' "New Approach" Since March 1988 125
6.2.1 Information in Files Following CSIS' March 1988 Reform 132
6.2.1.1 . 132
6.2.1.2 . 135
6.2.1.3 . 137
6.2.1.4 . 137
6.2.1.5 . 137
6.2.1.6 . 138
6.2.1.7 . 143
6.2.1.8 . 147
6.2.1.9 . 148
6.2.1.10 . 153
6.3 Regarding Organizations Identified 154

VII. CRITICAL ANALYSIS OF CSIS ACTIVITIES POST MARCH 1988 159

VIII. HUMAN SOURCES .....

(Please see separate Top Secret document on this chapter)

IX. CSIS' ADVICE TO THE GOVERNMENT ON PEACE RELATED ACTIVITIES AND PEACE GROUPS 184

X. EVALUATION AND ANALYSIS BY CSIS 203

XI. INVESTIGATOR'S ANALYSIS OF THE PROBLEM 220

11.1 Subsection 2(b) Revisited 220
11.2 Dissent in a Liberal Democracy 232
11.3 Continued Scepticism of Change on and the Canadian Peace Movement 238
11.4 Required Policy Guidelines on Directives from Cabinet 242

XII. CONCLUDING REMARKS 246

ATIP version
dated: JAN 3 0 2013

Document Released under the Access to Information Act
SECRET

IX. CSIS' ADVICE TO THE GOVERNMENT ON PEACE RELATED ACTIVITIES AND PEACE GROUPS

Pursuant to section 12 of the CSIS Act, CSIS is obliged to "report and advise the Government of Canada" on matters relating to the security of Canada. In this capacity, CSIS has the enormous responsibility of providing intelligence assessments and information in a form that clearly and appropriately conveys as best possible a description of events and activities regarding Canada's security. The ultimate goal of this obligation being to ensure that the government is properly informed of any threats to Canada's security so that government can take appropriate actions or formulate policies to either repel threats or protect Canadians against activities which if implemented would pose a threat.

CSIS advises the Government of Canada through its formal and casual contact with other government department officials, through specific programs such as security screening and by its special reports on activities, events, groups and individuals monitored by virtue of the Service's mandate (e.g. former DIRs, Intelligence Assessment Reports, and CSIS Reports). Depending on the nature of the issues reported, reports are either based upon intelligence gathered by CSIS or

ATIP version
JAN 3 0 2013

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information

provided to the Service by allied agencies. In sum, it is such information that our policy makers and elected officials rely upon to assist them in making certain decisions concerning national and international matters. It is unlikely in our age of "sophistication politics" that available intelligence on a foreign matters would not be considered during the formulation of a government policy affecting international affairs or diplomacy. Therefore, it is only logical that CSIS carries the burden of ensuring that its information and its intelligence analysis is accurate so that the government it serves can react appropriately at a moment's notice to events and activities in the domestic and international environment. While it is true that the Department of External Affairs and the Department of National Defence have their own intelligence branches to assist them, no other department has the intelligence gathering capability or operational strategies to obtain information.

During the course of my investigation, I read several pieces of correspondence between CSIS and the Department of External Affairs (DEA). Letters were provided by CSIS to DEA in response to requests for information by the latter. On at least two occasions, information on the peace movement and high profile peace organizations, were given to DEA to assist that Department in gaining further insight on the nature and

ATIP version

dated: JAN 16 2001

basis of Canadian peace activities. In one instance, intelligence was given to DEA to enable it to determine whether The files also provided evidence that meetings between officials of the Service and DEA took place at the working level wherein CSIS described its concerns about key elements within the peace movement and its views on the extent of communist inspired initiatives within the movement. CSIS had been given ample opportunity to explain its views to DEA based upon the intelligence gathered and its analysis.

In the result, I realized that this led to an unfair and inaccurate representation of what motivated Canadian peace activities. Ultimately, I found that this negative assessment of the peace movement as presented by CSIS proved to be unfortunate for the peace movement and those activists within it who consistently displayed genuine and honest commitments. More than being simply surprised by the questionable and unsubstantiated "matter of fact" conclusions drawn by the Service from its intelligence, I was saddened that the fruits of CSIS' labour actually hampered the Canadian peace movement from gaining a certain respectability. It acted somewhat as an accomplice in denying what would have been legitimate government support. The image that crept into my mind was that of candles in the wind,

ATIP version

JAN 3 0 2013

whereby the various peace groups were attempting to gain legitimacy but CSIS with its negative perception of those groups' activities, refused to allow this from happening. True, that while certain actions by several leading peace activists were treated as suspect by the Service because of its broad interpretation of section 12 and 2(b), the Service managed to portray the entire movement (or at least those active groups within it) as tainted that was ultimately a threat to Canada.

Although I have provided several examples in earlier chapters of CSIS information provided to DEA, I will attempt to demonstrate the evidence of my assertions below.

A telex of 85-11-05 gives details of a meeting between CSIS and DEA regarding grants to peace groups,

outlined the latter's role emphasizing that along with their front organizations were the principle tools used by Its objectives now focused on with the intention of gaining control of including Canada.

ATIP version
dated: JAN 3 0 2013

This all leads me to the conclusion that regarding the DEA, Canadians have been somewhat "short changed" by the fact that Canada's peace movement has not had the opportunity to take on a natural growth and development because of the lack of government funding, and the refusal to regard these peace organizations and groups as legitimate components of the Canadian political spectrum. The denial to give them a degree of respect which they perhaps deserved for the tenacity to pursue genuinely developed pacifist goals in the hope of building a safer and better tomorrow, may have ultimately affected all Canadians. In dismissing and other regional and local peace groups, the struggle of these groups to get their ultimate points across were obviously hampered, especially without the economic base which may have been appropriate to provide. As well, discounting international organizations such as

as being simply second generation front groups, precludes our government from recognizing aims which are reasonable to consider in developing Canada's foreign policy initiatives and international stance on peace issues. While

ATIP version

JAN 3 0 2013

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

that CSIS could "go at it alone" from day one without clear and precise guidelines on operational activities or policy development, which would reflect present Canadian values.

The Mcdonald Commission in its volume entitled "Freedom and Security under the Law", recognized that a certain "mindset" existed within the Service:

> "At page 474, it concluded that the former Service harboured:
>
> 'an anti-left bias in the judgment of members of the Security Service and a tendency to towards the worst kind of guilt by association'."

The files, while generating substantially less intelligence and information due to the extent reduction of targets, continued to demonstrate that the Mcdonald Commission's expressed sentiment is equally applicable today. The Service has not proven that it can appropriately distinguish between legitimate dissent or lawful advocacy and "activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada". I will not be so bold as to offer my reasons as to why this is the case, but I believe that the para-military discipline which remains the backbone of much of the Service (in spite of some genuine recruitment counter-measures) may be an important element to consider.

ATIP version

JAN 3 0 2013

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

by virtue of their source, This would by nature seem to be contrary to the democratic traditions Canadians enjoy by virtue of our political history and confirmed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

It is as a result of the tendency to regard the "left-wing" as subversive that has perpetuated a trend by the Service to pursue activities which ought to be acceptable in our democratic system. In this light, peace activists who harbour

are liberally labelled by CSIS as "agents of influence".

In a paper entitled The Purpose and Mandate of a Security Intelligence Agency, written by Kent Roach (submitted to the Committee by Professor Peter Russell), Roach provides:

> "Democracy is all about allowing each person to strive for 'the satisfaction that he is helping the cause'. Attempts 'to alter opinion and policy in the interest of the USSR' or 'to influence decisions in favour of a particular government' ... can be justified as fair comment and a legitimate search for the best policy ... A democracy should not brand a citizen an enemy because of the foreign content of his ideas."

It is interesting that Roach goes even further. Regarding "agents of influence", he writes:

ATIP version

dated: JAN 3 0 2013

Document Released Under the Access to Information Act / Document divulgué en vertu de la Loi sur l'accès à l'information.

> "Agents of influence may harm democracy, but it is the price that must be paid for the free flow of ideas. It is not just that the cure may be worse than the disease, but that the cure will violate the fundamental principles that constitute the healthy democratic polity which is sought to be preserved ... Democracy is based on the premise that the citizens will have a sense not to be swayed by unfounded propaganda."

In Martin Friedland's paper entitled National Security: The Legal Dimensions, Professor Friedland notes:

> "Many, if not most, domestic dissidents would have some connection, however, tenuous with an international movement or with persons outside Canada".

The challenge for CSIS is to conduct its activities in a way that does not stifle the political exchange of views, be they with regard to peace initiatives or other political issues. CSIS must recognize the role it plays in our democracy and must be diligent to not interfere where political expression is legitimate. Otherwise, it undermines our democratic traditions and acts contrary to the legislative direction of the CSIS Act. Unfortunately, as evidenced in this report, CSIS has monitored an array of activities inspired by the Canadian peace movement which did not appear to be appropriate for investigation.

ATIP version

dated JAN 3 0 2013

TAB

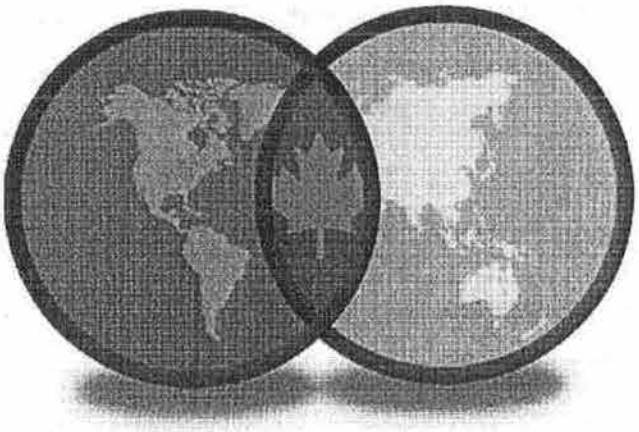
26

SECURITY INTELLIGENCE REVIEW COMMITTEE

Annual Report
2010–2011

Checks and Balances

Viewing Security Intelligence Through the Lens of Accountability



Canada

AGC0637

Contents

MESSAGE FROM THE COMMITTEE MEMBERS 2

ABOUT THIS REPORT 4

SECTION 1: THE YEAR IN REVIEW 5

SECTION 2: SUMMARIES OF SIRC REVIEWS AND COMPLAINTS 9

A. Reviews 9

CSIS's Use of the Internet 12

CSIS's Private Sector Relationships 13

CSIS's Intelligence-to-Evidence Process 15

CSIS's Investigation of Cyber Threats 17

CSIS's Relationship with a "Five Eyes" Partner 19

The Role of CSIS in the Interviews of Afghan Detainees 21

How CSIS Evaluates the Reliability of Human Sources 23

B. Complaints 25

Alleged Improper Conduct by CSIS 27

Alleged Delay in Providing a Security Assessment 28

Alleged Unjust, Unfounded and Unethical Assessment of an Applicant for Permanent Residency 29

SECTION 3: SIRC AT A GLANCE 30

Committee Membership 30

Staffing and Organization 30

Committee Activities 31

List of SIRC Recommendations 32

SECTION 1:

The Year in Review

This year, SIRC expanded its public engagement activities in pursuit of a goal we set out in our 2009–2010 Annual Report: to stimulate public discussion on the future role of security intelligence and, as a corollary, the review function in support of that role. Again and again, these discussions touched on one theme: that, in the aftermath of 9/11, Canada has seen greatly enhanced operational cooperation among the almost two dozen federal departments involved in national security.

Yet Canada's system of checks and balances, designed decades ago to ensure the accountability of individual agencies, has not kept pace with these changes. The existing review mechanisms—including SIRC—are neither configured nor equipped to examine fully Canada's increasingly integrated national security activities. At the same time, many departments and agencies currently involved in national security are not subject to any form of independent review.

Review of Canada's national security activities

Three commissions of inquiry—O'Connor, Iacobucci and Major—have reported in the past five years on matters relating to Canada's national security activities, and all have come to the same conclusion.

The Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (also known as the O'Connor Commission), in particular, undertook an in-depth examination of Canada's national security accountability framework. Mr. Justice O'Connor proposed a greatly expanded role for SIRC, given its longstanding expertise in the review of national security activities. SIRC's new role would encompass ongoing, independent review of the national security activities of four departments in addition to CSIS, specifically the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada (DFAIT), the Financial Transactions and Reports Analysis Centre (FINTRAC), Citizenship and Immigration Canada (CIC) and Transport Canada.

The key question in our minds is this: do these activities warrant permanent, independent and ongoing review? The national security activities of other federal entities certainly have the potential to have an impact on individuals. For example, Canada Border Services Agency (CBSA) can refuse a person entry into Canada, and CIC has the power to remove someone from Canada. Yet these powers do not compare to CSIS's capacity to collect intelligence in secrecy—activities that may have a direct impact on individuals' civil rights and liberties, but without their knowledge. CSIS's robust review mechanisms were designed as a

counterweight to the Service's ability to act covertly and in ways that can profoundly affect individual lives. Accordingly, we question whether the same level of permanent and independent review is required for departments and agencies whose mandates do not provide similar powers.

Looking ahead—retooling SIRC

The *CSIS Act*, which provides SIRC with the power and ability to review thoroughly every aspect of CSIS's activities and operations, is not broken. Still, the nature and extent of change within the security intelligence environment causes us to reflect on Canada's national security accountability structure and SIRC's role within it.

Justice O'Connor observed correctly that the national security activities of many federal entities have become largely intertwined in the aftermath of 9/11. SIRC's recent reviews have underscored this finding. CSIS now liaises and works closely with numerous federal partners on a daily basis, a trend that will likely intensify as the Service pursues a more active and intricate domestic and foreign agenda. CSIS's activities are examined exhaustively and reported on by SIRC through its reviews and investigation of complaints. The challenge is to provide Canadians with the same level of reassurance about all of the government's national security operations, writ large.

We believe that independent review of Canada's national security activities could be enhanced by retooling SIRC—achievable without major legislative amendments, expense or restructuring. This would allow for a proportionate yet effective system of broad, independent review for national security.

At present, in the context of reviews, SIRC cannot examine and assess national security matters that go beyond CSIS—even though they may be influenced by the Service's actions or advice. A slight adjustment to SIRC's mandate could address this gap, allowing for more comprehensive reviews of CSIS's information-sharing and interactions with domestic partners. Further, it would enable SIRC to examine the actions of other federal entities when they connect with, or relate to, CSIS. Additionally, a minor amendment to the *CSIS Act* could permit SIRC—at the request of the Minister of Public Safety and with the concurrence of the appropriate Minister—to undertake a national security review of an agency or agencies other than CSIS. These modest changes would be cost-effective, and could help to alleviate public concerns regarding Canada's existing system of national security accountability.

This year's review of CSIS's role in interviewing Afghan detainees is a case in point. SIRC's ability to review the actions of other involved departments would have resulted in a more comprehensive examination and, by the same stroke, helped to build a broader public account of Canada's national security activities abroad. Whether or not structural change occurs, SIRC will continue to ensure that its reviews provide the fullest assessment possible of CSIS's activities.

SIRC's observations

SIRC has responded to the changing national security environment by looking at CSIS's operational activities in novel ways, and delving into new lines of inquiry. SIRC also is committed to making its work and findings public to the fullest extent possible as a way of contributing to the public discussion on national security.

In this spirit, this year featured several "baseline" reviews on new topics, including one that focused on the evolving nature of CSIS's interactions with the private sector. Although SIRC regularly examines CSIS's relationships with domestic and foreign counterparts and other public sector partners, we chose for the first time to take an in-depth look at CSIS's cooperation with the private sector. The review concluded that, despite the impetus towards greater cooperation with the private sector, especially with the owners and operators of some of the nation's critical infrastructure, there are significant legal and practical limitations on the Service's ability to work closely with the private sector.

Of note, the review revealed an emerging gap between CSIS's legal framework, created three decades ago during the height of the Cold War, and the post-9/11 operational reality. The idea of CSIS working closely with non-government actors was not envisaged when the *CSIS Act* was passed in 1984. At that time, intelligence activities were focused largely on countering espionage and subversion threats, and did not require the extensive networks that have since been established to counter the global terrorist threat. Thus far, CSIS has managed to work within the existing framework, but SIRC is concerned that these gaps may begin to strain the Service's operational effectiveness or lead it to carry out activities that fall outside its mandate.

"SIRC has responded to the changing national security environment by looking at CSIS's operational activities in novel ways, and delving into new lines of inquiry."

At the same time, CSIS has been modernizing its traditional investigative techniques to keep pace with new threats. This process was underscored in SIRC's examination of CSIS's investigation of cyber threats, which is among the federal government's intelligence priorities. The review looked at the innovative strategies and tools CSIS is using to move forward with this important investigation. Similarly, through our review of the Service's use of the Internet, we gained an appreciation of the way in which this medium supports CSIS's activities.

SIRC also followed through on its commitment to pay close attention to CSIS's expanding foreign investigative activities. This year, we did so by examining a very public issue, CSIS's role in the interviews of Afghan detainees, within the framework of its overall operational activity in Afghanistan. SIRC concluded that CSIS should assess and qualify, with care and consistency, information originating from agencies that may engage in human rights abuses—concerns that have animated previous SIRC reviews.

More broadly, we found that the Service's involvement with the Afghan detainees provides lessons that can be applied

to other operations abroad. Although overseas operations unfold in unique circumstances and present different challenges, CSIS should strive to ensure that the management of its operations abroad mirrors, to the extent practicable, the standards of administration and accountability that are maintained domestically.

This year's review of CSIS's cooperation with a "Five Eyes" partner offered insight into another dimension of the Service's work abroad. SIRC found that the expansion of CSIS activities abroad requires a more integrated approach with its domestic partners. Specifically, we urged CSIS to give further consideration to how it keeps the Department of Foreign Affairs and International Trade—which is ultimately responsible for managing Canada's international relations—regularly apprised of its overseas activities.

Information sharing and cooperation with domestic partners are obviously core components of CSIS's intelligence work, and therefore run through this year's reviews. SIRC looked at one of the Service's most important relationships—with the RCMP—through the lens of one of the intelligence community's most important contemporary challenges: the use of intelligence as evidence. The Committee was left with a positive impression of RCMP–CSIS cooperation, and a strong appreciation of the complexities and challenges of reconciling the need to protect secret intelligence with the need to share it with law enforcement in support of criminal prosecutions.

These findings are only a few highlights of our reviews. Detailed summaries of all the reviews undertaken in the last year are found in the following pages.

Conclusion

Our perspective on a possible future role for SIRC and the results of our reviews are offered here as part of our contribution to a public dialogue on national security. Indeed, Parliament conceived this advisory role for us in 1984 by anticipating that SIRC would play a "vital role in the functioning of the security intelligence system" by promoting "adequate debate, where necessary, in the area of security." Should the government proceed to implement a broader system of independent review for agencies involved in national security, SIRC hopes that its views will assist decision-makers in achieving improvement and in building the confidence of Canadians in their national security apparatus.

SIRC's review

This review examined the strategies, policies and processes that guide CSIS's use of the Internet by focusing on the role of a specialized unit established in 2001. SIRC looked specifically at how this unit's work helps to generate leads and push investigations forward. SIRC's review also looked at the information collected online by the Service.

SIRC's review found that CSIS's use of the Internet has become increasingly common. It is therefore important that the Service have the resources in place to deal with the workload. In that regard, SIRC supports the findings of an internal audit that recognized the importance of addressing these resource issues.

Overall, SIRC found CSIS's approach to its online work to be sound and flexible. SIRC also noted that the Service had developed useful guidelines for certain Internet-based activities. These guidelines incorporate lessons learned and best practices into a useful reference tool.

SIRC identified two issues concerning CSIS's use of the Internet.

First, CSIS's interactions with young Canadians will no doubt increase as extremists continue to use the Internet to attempt to radicalize youth. Indeed, much of the extremist content posted online to recruit and radicalize individuals is targeted at youth—one of the largest groups of Internet users in Canada and elsewhere. SIRC did not take issue with CSIS collecting information online. However, SIRC believes that the Service needs to give special consideration when dealing with information concerning youth. At issue was the volume of information pertaining to young people being retained by CSIS as part of its operational reporting. SIRC believes that CSIS should impress upon its employees the need to exercise added caution when collecting and retaining information relating to youth.

Second, SIRC underscored the importance of CSIS applying the "strictly necessary" test when collecting and retaining information online. The Internet offers vast amounts of easily accessible information, and care should be taken to ensure that such information is subject to the same "strictly necessary" test as information collected from other sources.

SIRC REVIEW:
CSIS'S Private Sector Relationships

Increased collaboration with non-traditional partners is a growing trend in security intelligence in Canada and elsewhere. Traditionally, CSIS's relationships were with domestic and foreign partners in the public sector, such as domestic police services, other Canadian government departments and agencies, or governments or institutions of foreign states. Today, the Service is also reaching out to non-traditional partners, such as the private sector.

SIRC's review

This review examined CSIS's growing relationship with the private sector in the context of national security. SIRC examined the Service's general liaison and outreach efforts with private sector organizations, which are conducted primarily at the regional level. CSIS has two main programs through which most of these interactions take place:

- the Public Liaison and Outreach Program—briefings intended to sensitize the public sector to CSIS's mandate and to establish CSIS as a point of contact for potentially threat-related information; and
- the Liaison and Awareness Program—more focused briefings on specific threats.

SIRC concluded that CSIS's interactions with the private sector are important and can be helpful when pursuing more specific investigative leads.

SIRC looked at a few instances where CSIS was able to capitalize on private sector relationships. Overall, the Committee found that developing rapport within that milieu is key to CSIS capitalizing on private sector information. In particular, it recognized the efforts of CSIS liaison officers in this regard.

SIRC learned that, in the past, the Service employed a more coordinated and strategic approach with respect to building its private sector relationships. In the interests of leveraging the limited resources available for these activities, and of capitalizing on the experience already gained, **SIRC recommended that CSIS expand on the efforts undertaken in regional offices by articulating a Service-wide strategy on managing its relations with the private sector.** In SIRC's opinion, an effective strategy would involve identifying those

Rules on sharing information regarding security intelligence

The *CSIS Act* prohibits disclosure of information obtained by the Service in the course of its investigations, except in the performance of its duties and functions under the *Act*, or the administration or enforcement of the *Act* or other laws.

Section 19 specifically identifies situations where such sharing of information is permitted:

- disclosures to law enforcement and to officers of the court in an investigation or prosecution;
- disclosures to the Minister of National Defence or of Foreign Affairs, or departmental officials, when the information is relevant to matters relating to Canada's defence or international affairs; or
- disclosures authorized by the Minister of Public Safety that are considered to be in the public interest.

sectors with the greatest potential to be of investigative value to the Service.

At the same time, there are limitations on CSIS working more closely with the private sector because of the strict laws that govern official information-sharing. The *CSIS Act* does not authorize disclosure of information collected by the Service to non-traditional or non-governmental partners, such as private sector organizations. Section 12 of the *CSIS Act* limits CSIS's responsibility to report to and advise the Government of Canada on national security threats. Although operational policies have been developed to govern information-sharing with the private sector, the policies are appropriately restrictive and provide strict parameters for what information can be shared.

For these reasons, the Service strives to engage and support the private sector's security needs in other ways. For example, it tries to share more unclassified information, namely through its participation in the Integrated Threat Assessment Centre, which produces threat assessments that are distributed to the private sector, among others. Efforts are also underway to increase the number of security clearances for individuals in the private sector, to allow for more meaningful exchanges on issues relating to national security threats.

Finally, CSIS conducts security clearances for the private sector when such requests are sponsored by a federal department or agency, or by an appropriate provincial authority. Under the Sensitive Site Screening program, for example, CSIS provides clearances for individuals seeking to obtain access to sensitive locations, including nuclear sites, international airports and special events, such as the 2010 Winter Olympics.

SIRC will continue to examine CSIS's relationships with the private sector in future reviews and will pursue, where appropriate, the issues raised in this study to enhance its understanding of the benefits and challenges of the Service's relationships with non-traditional partners.

SIRC REVIEW:
CSIS's Intelligence-to-Evidence Process

Cooperation and information-sharing among members of Canada's security and intelligence community have always been key characteristics of Canada's national security efforts. The relationship between CSIS and the RCMP, in particular, has moved to the forefront following the passage of the *Anti-terrorism Act* (2001). As a result of this legislation, CSIS and the RCMP have had to work more closely together since activities related to terrorism can constitute both a threat to the security of Canada and a crime under the *Criminal Code*.

In the intervening decade, intelligence has been disclosed in a growing number of criminal proceedings—a process that some have called the "judicialization of intelligence" or the "intelligence-to-evidence" process.

R-3

SIRC File No. 1500-481

THE SECURITY INTELLIGENCE REVIEW COMMITTEE

In the matter of a Complaint filed by the
BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
pursuant to section 41 of the
Canadian Security Intelligence Service Act, RSC 1985, c.C-23

BETWEEN:

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION

Complainant

- and -

THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE

Respondent

COMPLAINANT'S FINAL SUBMISSIONS

Paul Champ and Bijon Roy
CHAMP & ASSOCIATES
Barristers & Solicitors
43 Florence Street
Ottawa, ON K2P 0W6
T: 613-237-4740
F: 613-232-2680
Solicitors for the Complainant

3603/16
Copy 1 of 5

AGC0638

INDEX

		Page
PART I	OVERVIEW	1
PART II	BACKGROUND AND EVIDENCE	2
	A. Background and Outline of Complaint	2
	B. Historical Contact - Professor Reg Whitaker	3
	(i) RCMP Security Service, 1920-1984	5
	(ii) Intrusive Surveillance of Trade Unions and Non Communist Left	8
	(iii) Covert Federal Intervention in Quebec Politics	12
	(iv) Need for Reform of the Security Service	15
	(v) A Civilian Security Intelligence Service, 1984-2001	17
	(vi) CSIS Targeting Other New Groups, 2001 to the Present	18
	C. The *Access to Information Act* Documents	20
	D. Testimony of Individual Witnesses	24
	(i) Josh Paterson (BCCLA)	24
	(ii) Celine Trojand (Dogwood Initiative)	27
	(iii) Terry Dance-Bennink (Dogwood Initiative)	30
	(iv) Jamie Biggar (Leadnow Society)	34
	(v) Caitlyn Vernon (Sierra Club of British Columbia	36
	(vi) Nikki Skuce (ForestEthics)	40
	(vii) "Robert" (CSIS)	43
	(viii) *Ex Parte* Evidence (CSIS Witnesses 1-4)	46

PART III	ISSUES TO BE DETERMINED	49
PART IV	ARGUMENT	49
	A. The *CSIS Act*	50
	(i) Statutory Authority to Collect Information	50
	(ii) Statutory Authority to Share Information	51
	B. Collection of information about Groups or Individuals in Relation to Northern Gateway Pipeline Project	53
	(i) Information was collected in some manner by CSIS	53
	(ii) Collection of information was contrary to the *CSIS Act*	55
	(iii) Collection of information was contrary to the *Charter*	56
	C. Information Sharing with NEB and Private Sector Actors	65
	D. Direction Respecting Section 48 of the *CSIS Act*	68
PART V	CONCLUSION / RECOMMENDATIONS REQUESTED	72
SCH. A	LIST OF AUTHORITIES	74

I - OVERVIEW

1. This is a complaint pursuant to section 41 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, regarding the improper and unlawful actions of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS" or "the Service") in collecting information about Canadian citizens and groups engaging in peaceful and lawful expressive activities, and sharing it with other bodies and private sector actors.

2. This complaint was brought by the British Columbia Civil Liberties Association ("BCCLA") following media reports based on records obtained under the *Access to Information Act* ("*ATIA*") which showed that the National Energy Board ("NEB" or "the Board") had engaged in systematic information and intelligence gathering about organizations seeking to participate in its Northern Gateway Project hearings.

3. The *ATIA* records confirm that this information and intelligence gathering was undertaken with the cooperation and involvement of both CSIS and law enforcement agencies, and that CSIS participates in sharing intelligence information with the Board's security personnel, the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"), and private petroleum industry security firms. The records suggest that the targeted organizations are viewed as potential security risks simply because they advocate for the protection of the environment.

4. The purpose of this complaint is to examine the scope and extent of the Service's intelligence gathering and sharing activities and its practices of monitoring groups and organizations that seek to peacefully participate in public discourse about energy-related programs such as the Northern Gateway Project.

5. In particular, BCCLA is concerned about the chilling effect that such intelligence gathering and sharing will have on participation in the Board's proceedings, as it appears to criminalize what is intended to be a forum for public expression and engagement in decision-making processes regarding projects of

significant public interest. BCCLA alleges that these activities are not authorized by sections 12 or 19 of the *CSIS Act*, and that they violate sections 2(b), 2(c), 2(d) and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

II - BACKGROUND AND EVIDENCE

A. Background and Outline of Complaint

6. In recent years, BCCLA has become increasingly alarmed by reports about the interest expressed by Canadian law enforcement and security agencies in organizations engaged in environmental advocacy. In particular, media reports documented these agencies describing such groups as "a growing radicalized environmentalist faction within Canadian society that is opposed to Canada's energy sector policies," and considering protests and opposition relating to the petroleum industry as threats to national security.[1]

7. In late 2013, the media reported that CSIS worked and shared information with the NEB about so-called "radicalised environmentalist" groups seeking to participate in the Board's hearings regarding the Northern Gateway Project.[2]

8. These groups, which include Leadnow, ForestEthics Advocacy Association, the Council of Canadians, the Dogwood Initiative, EcoSociety, and the Sierra Club of British Columbia, have well-established records of engagement and advocacy on a wide range of public issues. Also included was the relatively newer social and political movement for Indigenous rights, Idle No More. None of these groups are criminal

---

[1] Jim Bronskill, "RCMP Concerned About 'Radicalized Environmentalist' Groups Such As Greenpeace: Report," *The Canadian Press*, July 29, 2012 [Exhibit C-1, Tab 7]. Stephen Leahy, "Canada's environmental activists seen as 'threat to national security'," *The Guardian*, February 14, 2013 [Exhibit C-1, Tab 8].

[2] Shawn McCarthy, "CSIS, RCMP monitored activist groups before Northern Gateway hearings," *The Globe and Mail*, November 21, 2013 [Exhibit C-1, Tab 10]; Krystle Alarcon and Matthew Millar, "Harper government under fire for spying on environmental groups," *The Vancouver Observer*, November 21, 2013 [Exhibit C-1, Tab 11]; Matthew Millar, "Harper government officials, spies meet with energy industry in Ottawa," *The Vancouver Observer*, November 22, 2013 [Exhibit C-1, Tab 12].

organizations, nor do they have any history of advocating, encouraging, or participating in criminal activity.

9. By its complaint, BCCLA asks the Committee to undertake a full investigation of the allegations and decide the following four questions:

a) Did the Service collect information about groups or individuals for their activities in relation to the Northern Gateway Pipeline Project?

b) If so, was that collection lawful?

c) Did the Service provide information relating to individuals or groups opposed to the Northern Gateway Pipeline Project to the National Energy Board or non-governmental members of the petroleum industry?

d) If so, was it lawful to provide this information?

B. Historical Context - Professor Reg Whitaker

10. Professor Reg Whitaker provided affidavit evidence regarding the historical context of surveillance by state security authorities in Canada, including the history of the RCMP Security Service and the origins of CSIS. Professor Whitaker also provided evidence as to the past record of intrusive surveillance of trade unions and the non-communist left in Canada, covert federal intervention in Quebec politics, and CSIS targeting of other new groups from 2001 to the present.[3] Professor Whitaker's affidavit evidence, as set out below, was not challenged by the Service through cross-examination.

11. Professor Whitaker is a Distinguished Research Professor Emeritus in the Department of Political Science at York University and an adjunct professor of Political Science at the University of Victoria. He completed his PhD in Political Economy at the University of Toronto in 1976 and has been a university professor

[3] Affidavit of Reg Whitaker, dated September 18, 2015 ("Whitaker Affidavit").

since that time. One of Professor Whitaker's primary areas of study over the years has been the security and intelligence activities of the RCMP and CSIS. Professor Whitaker has published scores of scholarly articles over the years on national security activities of the RCMP and/or CSIS, and in 2012 published, with two co-authors, a book on the history of national security policing in Canada, entitled *Secret Service: Political Policing in Canada from the Fenians to Fortress America*. The book was the winner of the 2013 Canada prize in Social Sciences, awarded by the Federation of the Humanities and Social Sciences.[4]

12. Professor Whitaker states that for most of Canada's history, there has been no clear demarcation between legitimate and illegitimate targets for investigation of threats to the security of Canada. A Royal Commission in 1977 discovered that the RCMP security service maintained a name index with 1.3 million entries, representing 800,000 files on individuals.[5]

13. Beyond protecting the country from espionage, sabotage, terrorism, political violence, and covert foreign interference - threats generally recognized as reasonable targets for intelligence investigations - the RCMP and CSIS have also targeted groups and individuals said to be "subversive", a vague and elusive term that can take many forms in the minds of those hunting it.[6]

14. Targets of RCMP and CSIS surveillance for "subversive" activities have often been those engaged in what might be described as 'left wing' activism, or those who appear to challenge the political/economic *status quo*. Those targeted over the years in Canada include workers striking for higher wages and better working conditions, refugees fleeing political conflict and persecution abroad, gay men and lesbian women, religious sects like Doukhobors and Jehovah's Witnesses, democratic

[4] Whitaker Affidavit at para. 1; CV of Reg Whitaker, Exhibit "A" to the Whitaker Affidavit.
[5] Whitaker Affidavit at para. 2.
[6] Whitaker Affidavit at para. 3.

socialists, Quebec separatists, First Nations activists, anti-globalization activists, and so on.[7]

15. CSIS was created in large part to address the problems of improper targeting in security investigations. Operating under a statutory mandate that imposes restraints on its reach and methods, CSIS has shed some, but not all, of the ideological baggage of the RCMP. In that regard, Professor Whitaker notes that in many cases CSIS still operates under the same sort of bias towards those who challenge the economic or political *status quo*.[8]

(i) RCMP Security Service, 1920-1984

16. From its inception as a federal police force in 1920 until 1984, the RCMP maintained a unit generally known as the 'security service.' The purpose of the security service was to investigate and report to the government of Canada on threats to national security. For the six and a half decades of its existence, ambiguity was inherent in the definition of its specific mission. There was never a statutory mandate for the security service spelling out parliamentary expectations of what the security service was supposed to do, nor any declared limits on its activities. Nor was there language in successive *RCMP Acts* that shed any light on the specific security service mandate.[9]

17. Observers of both the RCMP security service and of similar security intelligence organizations in other Western countries have identified 'political policing' as an enduring feature of state power in Western liberal democracies. Political policing refers to efforts of the liberal democratic state to set limits on the legitimacy of political activity and political expression. Those individuals and groups who fall outside the boundaries of legitimacy thus defined are deemed appropriate subjects for intrusive state surveillance and sanctions (such as designation as political 'security

[7] Whitaker Affidavit at para. 3.
[8] Whitaker Affidavit at para. 4.
[9] Whitaker Affidavit at paras 5-6.

risks' in clearances for employment in 'sensitive' positions or for immigration, refugee and citizenship applications) that would be deemed inappropriate for those who fall within the boundaries of political legitimacy.[10]

18. The RCMP security service throughout its decades-long history always targeted, in addition to those believed on reasonable and probable grounds to have committed or conspired to commit national security-related *Criminal Code* offences, those who were suspected of a more ambiguous category of activities, not defined anywhere in Canadian law: 'subversion' (overlapping with the difficult legal term of 'sedition', but by no means identical to it).[11]

19. Subversion could mean any activity believed to be directed toward the covert undermining of the established order, whether political or economic. Subversion was normally related to the better-defined criminal offences, that is to say, the security service and the elected officials who backed the security service, argued that subversion was part of a continuum of national security threats that ultimately led to overt challenges to law and order and state security. Subversive activities might be technically legal, and thus a class of actions not normally subject to criminal sanctions. However, they were believed to be undertaken with the intention of undermining from within the defences of liberal democracy, thus weakening the capacity of the state to withstand overtly violent or revolutionary challenges.[12]

20. It is clear from the historical record that security service targeting of persons or groups suspected of subversion has always presented certain identifiable biases. Policing in general is always to a great extent about defence of the established order, including the protection of wealth and power. Political policing is always most suspicious of those seeking change, especially radical change, and least suspicious of supporters of the existing order. The term 'bias' here is used not in the pejorative sense of 'prejudice' but as a structural tendency, as an inflection in the interface

[10] Whitaker Affidavit at para. 8.
[11] Whitaker Affidavit at para. 9.
[12] Whitaker Affidavit at para. 9.

between political policing and society. In short, political policing tends to exhibit a small-'c' conservative bias.[13]

21. Professor Whitaker identified as examples some leading historical targets of the security service. In the 19th and early 20th centuries, predecessors of the RCMP security service focussed much of their attention on Sikh and Irish Republican movements opposed to British imperial rule over their homelands. While these movements were often violent and constituted threats to public safety, the focus of the Canadian state on these groups also had the effect of labelling all Sikhs and Irish Catholics as members of 'suspect communities', with detrimental effects on ethnic relations and their full integration into Canadian life.[14]

22. The 1919 Winnipeg General Strike and accompanying national labour revolt, followed by the formation of the Canadian Communist party in 1921, coincided with the creation of the RCMP security service, which from its earliest beginnings focussed its targeting almost exclusively on the left wing of the political spectrum. The primary fixation of the security service on Communism as the main threat to national security continued unabated from the Bolshevik Revolution in Russia in 1917 through to the collapse of Communism and the Soviet bloc in 1989-90.[15]

23. While this targeting was justified by the apparent revolutionary ideology of the Communists and by espionage by Canadian Communists on behalf of the Soviet Union as exemplified in the 1946 Gouzenko spy affair, it had ramifications for advocates of various causes and those with radical or left-wing but non-Communist views - many indeed who were bitter rivals of the Communists.[16]

---

[13] Whitaker Affidavit at para. 10.
[14] Whitaker Affidavit at para. 11.
[15] Whitaker Affidavit at para. 12.
[16] Whitaker Affidavit at para. 12.

(ii) Intrusive Surveillance of Trade Unions and Non-Communist Left

24. Professor Whitaker stated that the impact of intrusive state surveillance on the wider non-Communist left can be seen in the vast dossiers amassed by the RCMP security service on the trade union movement from the 1920s to the 1980s. Data was carefully collected and filed not just on the small number of unions that had prominent Communists in leadership roles, but on unions of every possible kind, from coast to coast, even including ancillary groups attached to trade unions, such as ladies' auxiliaries and other support groupings. The internal intelligence bulletins compiled by the security service for internal use and ministerial attention feature heavy emphasis on union activity and strikes.[17]

25. Throughout most of this period, intelligence on unions and unionists was primarily drawn from human sources in place. Very occasionally sources might be undercover Mounties, but in the vast majority of cases they were union members who had been enlisted, voluntarily or otherwise, to inform on their associates. Given the volume of intelligence collected on unions, this represented a substantial army of informants honeycombing unions across Canada, all reporting regularly but secretly to the RCMP security service.[18]

26. The security service recognized that trade unions were legitimate associations of civil society; that legal strikes were an appropriate instrument in industrial disputes; and that, in general, trade unions and trade unionists constituted no real threat to the security of Canada. But Communists were considered legitimate targets of the security service; Communists had specially targeted the unions for infiltration and takeovers; unions could under Communist control become subversive instruments for economic disruption and revolutionary violence; and thus unions were considered *potential* threats to security. Professor Whitaker states that the corollary to this argument was resonant with consequences for the practice of liberal democracy.

---

[17] Whitaker Affidavit at para. 13.
[18] Whitaker Affidavit at para. 14.

What might be called the 'bad apple' argument went like this: how practically can you detect and isolate the Communists acting covertly within unions, or estimate the actual extent of Communist influence, without watching all the unions, all the time? How can you finger the few bad apples in the barrel without examining the entire barrel of mainly good apples? Professor Whitaker identifies this as a justifying paradigm for much of the counter-subversive activities of the security service.[19]

27. Professor Whitaker states that there is some logic in this argument, but notes that the consequences of actions taken under this justification can be very serious. First, it must be emphasised that what was being authorized was intrusive surveillance of *legal, legitimate activities*, with little or no regard for privacy rights. Canadians involved in union activities were being identified in effect as suspect because of their *potential* association with others deemed *potential* threats to security. All this hinged on the interpretation by the security service of the *intentions* of actors, not on their actual actions. In fact, there was never much, if any, evidence that Communists in the union movement behaved any differently than other unionists - they sought higher wages and better working conditions for their members and never imprudently attempted to turn unions into instruments of revolutionary class struggle, despite both Marxist and RCMP security service ideological claims. Yet even if they had, the consequences for the non- Communist majority of union members were just as alarming, placing all unions and all union members under state suspicion. According to Professor Whitaker, the idea that the state was enlisting some members to inform secretly on others - with potentially dire consequences - could only poison relations between those supposed to be in solidarity with their fellows in the common cause, undermining the very notion of freedom of association as a pillar of liberal democracy. [20]

28. Trade unions were not the only 'radical' groups targeted by the RCMP security service. Certain ethnic organizations came under close scrutiny, but generally only

---

[19] Whitaker Affidavit at para. 15.
[20] Whitaker Affidavit at para. 16.

those identified as left-wing or pro-Communist in orientation. This was the case for Ukrainian, Finnish and Jewish groups, among others. Only those viewed as left-wing were regularly targeted. Targeting could have serious consequences during wartime: in WW2 members of left-wing ethnic organizations were put in detention as threats to the war effort, some for many years; affected organizations had their buildings and property confiscated and sold off. Moreover, association with targeted groups could mean that non-citizens could have naturalization applications rejected and even face deportation. Again, these sanctions could be brought to bear even if the individuals in question had never undertaken any criminal acts: guilt by association was enough to trigger grave consequences.[21]

29. One of the more sensitive areas where RCMP small-c conservative bias was demonstrated was in relation to Parliament and the democratic political system. The security service was always careful to indicate that they drew a line between the Communists who, although a legal party, were considered a threat to national security, and the social democratic CCF-NDP that was considered a legitimate participant in electoral politics. That line was however indistinct in practice. It has become known, for example, that Tommy Douglas, premier of Saskatchewan for 17 years and first national leader of the NDP from 1961 to 1971 and a Member of Parliament until 1979 - a figure who was voted the "Greatest Canadian" in a national competition - was the subject of continuous RCMP security service surveillance for decades. Much of his voluminous security service files were released in recent years following extensive litigation led by a Canadian Press reporter.[22]

30. Justification for this clear violation of a basic rule of liberal democracy - that police must not spy on the parliamentary opposition, or that one level of government should not spy on another - apparently rested on the same grounds used to justify the

[21] Whitaker Affidavit at para. 17.
[22] Whitaker Affidavit at para. 18.

deep surveillance of trade unions: Communists and other radical elements might be seeking to infiltrate the CCF-NDP and turn it to nefarious purposes.[23]

31. In the case of Douglas, he initially attracted the attention of the RCMP in the 1930s because he advocated for some form of unemployment insurance and old age security. Later in his career, the declassified security service material would suggest that his democratic habit as premier of agreeing to meet publicly with groups or persons of any political stripe set off alarm bells in the security service and triggered his targeting. Suspicion overrode scruples. In the absence of any legislative mandate, ministerial guidelines, or external accountability, the security service was capable of acting as a law unto itself, even interfering in the democratic process - so long as suspicion of possible radical or Communist subversive influence could be cited.[24]

32. It was revealed that the NDP had again been targeted in the 1970s when the left-wing Waffle faction became subject to surveillance. The justification was that some Waffle adherents had in the past had Communist or Trotskyite associations, but it was unclear how the Waffle within the NDP could be targeted without in effect targeting the NDP itself. Declassified records suggest that undercover RCMP officers attended NDP meetings and conventions, reporting back to headquarters about the political winds within the party.[25]

33. In the 1960s and 1970s, the security service widened the scope of its political policing beyond the traditional Cold War targets of Communists and Trotskyists to include a wide range of protest and advocacy groups coming under the general umbrella of the 'New Left'. Just how intrusive and disruptive security service surveillance of New Left groups could be, can be glimpsed in the case of Praxis Corporation, a group that was planning a national conference of poor people, and had come under close security service scrutiny. In 1970, the Toronto offices of Praxis were broken into, their files stolen, and their offices set afire, destroying the building.

[23] Whitaker Affidavit at para. 19.
[24] Whitaker Affidavit at para. 19.
[25] Whitaker Affidavit at para. 20.

Although no criminal charges were ever brought, it is known that the actions were undertaken by a right-wing RCMP informant. The security service came into possession of the stolen files, directly from the source and indirectly via a right-wing newspaper, retaining them for a number of years in the 'New Left Section' of its counter-subversion branch.[26]

34. Another dimension of the widening scope of surveillance in this era was the expansion of intelligence collection on university campuses undertaken in the face of an apparent rise of student radicalism in the 1960s. Mountie spying on universities - including placing undercover security service officers and enlisted sources in classrooms to report on the political views expressed by both faculty and students - was fraught with negative implications for academic freedom.[27]

(iii) Covert Federal Intervention in Quebec Politics

35. Professor Whitaker states that nowhere were the serious ramifications of intrusive surveillance and disruptive tactics for the practice of liberal democracy more apparent than in in the decades-long efforts by the RCMP security service to investigate and counter the threat of Quebec separatism. These efforts went well beyond normal intelligence collection to include intrusive tactics of highly dubious legality, ranging from burglaries and break-ins; intimidation to enlist potential sources; even directing *agents provocateurs* to promote violent actions that could bring criminal sanctions, disrupting separatist organizations.[28]

36. Although intensive RCMP investigation of the separatist threat, including recruitment of sources within independence groups, dated back to the first bombings and other violent actions by the Front de Libération du Québec ("FLQ") in the early 1960s, the counter-separatist effort went into high gear following the October 1970 FLQ crisis, in which a British diplomat was kidnapped and a Quebec cabinet minister

[26] Whitaker Affidavit at para. 21.
[27] Whitaker Affidavit at para. 22.
[28] Whitaker Affidavit at para. 23.

kidnapped and later murdered. This crisis, in which the federal government controversially invoked the *War Measures Act* on the grounds of an "apprehended insurrection", spurred the government to step up a covert campaign to disrupt and "counter" the separatists.[29]

37. There followed a period of intense RCMP security service involvement in the 1970s, a series of public scandals about illegal tactics, and finally the calling first of a Quebec inquiry and then of the federal McDonald commission of inquiry into "certain activities of the RCMP" that would ultimately recommend the 'civilianization' of the security service and lay the groundwork for the major reform of security intelligence in the *CSIS Act* of 1984.[30]

38. The crucial point about the anti-separatist campaign was that it rested upon a fundamental ambiguity. While there was no question that violent terrorist groups like the FLQ posed a genuine threat to national security and public safety and were thus legitimate subjects for security service surveillance and investigation, this tendency was never the dominant face of aspirations to independence in Quebec. The leading face of 'separatism' or 'sovereignty' was a movement that sought independence through peaceful, legitimate channels. By 1970, this took the form of the Parti Québécois ("PQ"), which was elected to govern Quebec from 1976 to 1985 and again from 1994 to 2003, at other times forming the official opposition in the National Assembly. Twice, in 1980 and again in 1995, PQ governments held referenda on sovereignty, seeking a democratic mandate to proceed.[31]

39. If the FLQ posed a threat to national *security*, the PQ did not, even though it may have posed a serious threat to national *unity*. The latter should have been no concern of the security service. Unfortunately, a failure to distinguish clearly between national security and national unity characterised not only the RCMP security service but the political masters who provided the security service with direction and

[29] Whitaker Affidavit at para. 23.
[30] Whitaker Affidavit at para. 24.
[31] Whitaker Affidavit at para. 25.

guidelines. As early as 1964 the federal government, via its top-level Security Panel, decided that membership in the Rassemblement pour l'indépendance nationale (RIN), a legal sovereigntist party that preceded the PQ, could be regarded as a possible risk to withhold security clearance to public servants, thus green-lighting the security service investigating the legal as well as illegal separatist groups in Quebec. Professor Whitaker notes this placed legal sovereigntist parties in the same ambiguous position as the Communist party was in throughout the Cold War: legal but suspect, membership being subject to sanctioning, such as denial of security clearances, and party activities subject to state surveillance.[32]

40. After the federal Cabinet ordered anti-separatist actions to be stepped up after the October 1970 crisis, the security service moved from passive intelligence collection to active disruption ("countering"). This obviously had serious implications for covert federal interference in Quebec political life if legitimate peaceful sovereigntist political organizations would be subject to the same potential intrusive pressure. While the statements and instructions of leading federal officials, from the Prime Minister through successive Solicitors General to whom the RCMP answered, sometimes indicated that the PQ was not an appropriate target for the 'countering' actions of the security service, at other times the door was left ambiguously open to such an interpretation.[33]

41. Under this confusing and confused regime, some actions were taken that clearly overstepped the boundaries not only of legality but also of propriety in regard to liberal democratic practice. For instance, the security service broke into PQ offices and stole and copied membership lists. Even more egregiously, Intergovernmental Relations minister Claude Morin, the second most influential figure in the first PQ government, just beneath Premier René Lévesque and the architect of the 1980

[32] Whitaker Affidavit at para. 26.
[33] Whitaker Affidavit at para. 27.

referendum strategy, was revealed to have been a long time informant to the security service, even accepting payments on occasion.[34]

42. So-called 'dirty tricks' employed by the RCMP against the separatists became publicly notorious in the 1970s. Even if many Canadians and Quebecers would be willing to accept illegal actions taken to counter violence in the name of independence, few would accept that such tactics against a legal democratic political party attempting only to use the ballot box to advance the cause of independence should be treated in the same way. Moreover, the optics of the federal government employing its secret police force to covertly undermine a democratically-elected sovereigntist government in Quebec were negative for the federalist cause - and not just for Quebecers. When the federal government later drew up the first draft of what would become, with significant amendments, the *CSIS Act* of 1984, protests against the language of the draft came not only from Quebec but from six of the nine provincial attorneys general in English Canada. Even if other provinces had few sympathies for the sovereigntist cause, federal police interference in Quebec politics was seen as a potential Canada-wide problem for federal-provincial relations generally.[35]

43. According to Professor Whitaker, the extent to which the 'RCMP scandals' of the 1970s were the result of so-called 'cowboy' security service operatives out of control, or were attributable to ambiguous but permissive directions set by a federal cabinet eager to crush the separatist threat by any means, remains a somewhat opaque issue.[36]

(iv) Need for Reform of the Security Service

44. With the focus of security service targets widening to include not only the Communists and the groups they allegedly were influencing, but the New Left,

[34] Whitaker Affidavit at para. 27.
[35] Whitaker Affidavit at para. 28.
[36] Whitaker Affidavit at para. 29.

student radicals and Quebec separatism, the surveillance files of the security service were growing ever more voluminous, and from the point of view of civil liberties and personal privacy, ever more ominous. While espionage and political violence was the subject of some of these files, the growth area was clearly in 'subversion'.[37]

45. The McDonald Commission concluded that the RCMP had adopted a wide definition of subversion that was "dangerous and unacceptable" because it did not "clearly distinguish radical dissent from genuine threats to Canada's security." As the McDonald Commission discovered, by 1977 the RCMP security service maintained a name index with 1.3-million entries, representing 800,000 files on individuals, a startlingly substantial proportion of the population at the time, far beyond any reasonable estimate of the numbers who represented genuine threats to national security in terms of espionage, terrorism, etc. Few Canadians to that point had realised the RCMP had amassed that extent of information on civil society, much of it based on secret informers and other covert methods of collection. How this had been allowed to happen seemed a pertinent question for the government of the day, as well as what it intended to do about it.[38]

46. The time had clearly arrived for major reform of the security intelligence system and for innovative public policy to establish a framework of review and/or oversight of national security. By 1984, the government responded to pressures for reform with legislation that would take the security service out of the RCMP and into stand-alone civilian status with a legislative mandate. The initial bill met with very strong negative reaction across the country and was opposed not only by civil liberties groups, but also, in a rare show of unanimity, by all provincial attorneys general.[39]

47. Chief among the complaints was the bill's failure to limit the new agency's mandate to the sorts of targets that most people would accept as genuine threats to national security, and to offer protection for non-threatening political dissent from

[37] Whitaker Affidavit at para. 30.
[38] Whitaker Affidavit at para. 30.
[39] Whitaker Affidavit at para. 31.

intrusive surveillance. After extensive hearings by a Senate committee, an amended bill was returned to the House of Commons. It was this revised version that became the *CSIS Act* of 1984.[40]

(v) A Civilian Security Intelligence Service, 1984-2001

48. Prominent among the revisions was an additional clause added to the definitions of the threats to security of Canada that the new agency was authorized to investigate. Section 2 lists four categories of threats, but specifies that this authorization "does not include lawful advocacy, protest or dissent". Professor Whitaker observes that while this exclusionary clause represents an important recognition that political policing ought to have limits defined by law, the experience of the three decades since the *CSIS Act* came into force has not shown it to offer strong protection for "lawful advocacy, protest or dissent".[41]

49. The vast expansion of the security service surveillance of Canadian society fundamentally rested on the justifications that: (a) political actors engaged in or conspiring to engage in national security criminal offences must be tracked wherever they operate, even if that includes legal and legitimate associations of civil society; and (b) certain political actors (i.e., communists, separatists, etc.) have subversive intentions that colour even their legal activities and hence must have all their actions and all their associations carefully watched. Thus the intrusive surveillance of legal and legitimate organizations such as trade unions, the CCF-NDP, and the PQ described above. The question was, and is: can CSIS continue to spy on lawful advocacy, protest and dissent like its predecessor, despite the language of the *CSIS Act*?[42]

50. That CSIS, at least in its early days, was not fulfilling the expectations of those who inserted the exclusionary clause into the *CSIS Act*, was made public in the closure of the Counter-Subversion Branch of the Service. In its 1986-87 Annual Report, SIRC

[40] Whitaker Affidavit at para. 31.
[41] Whitaker Affidavit at para. 32.
[42] Whitaker Affidavit at para. 33.

noted that the new civilian agency was continuing to carry out surveillance and compile files on perfectly legitimate groups and individuals just as before, pointing to the continued existence of a Counter-Subversion Branch (CSB), the files of which showed an inappropriate anti-left wing bias that could not be justified under the *CSIS Act*. SIRC called for the CSB to be closed. In this recommendation, they were joined by a respected senior public servant, Gordon Osbaldeston, who had been tasked with reviewing CSIS management and suggesting reforms. Osbaldeston concluded that counter-subversion operations should be closed out. When the Solicitor General joined in full agreement with this direction, objections from senior CSIS officials were overridden. The CSB was closed, and the bulk of its files were archived, a small number being redirected to the counter espionage and counter terrorist branches.[43]

51. According to Professor Whitaker, the closure of the CSB certainly sent a positive signal. The end of the Cold War in 1989-90 also contributed to a marked decline of CSIS interest in left-wing organizations and activities. There were other indications that old habits and patterns had indeed changed. There were no public indications that CSIS was interfering in Quebec politics in the inappropriate, not to speak of illegal, manner of the RCMP security service, despite the tensions to national unity posed by the second Quebec sovereignty referendum in 1995.[44]

(vi) CSIS Targeting Other New Groups, 2001 to the Present

52. The events of September 11, 2001 and subsequent declarations of a global war on terrorism changed the picture that had been taking shape in the 1990s. The identification of a new threat replacing the former Cold War paradigm redirected the attention of CSIS toward violent Islamist extremists. While terrorist networks and politically-inspired violence are obviously appropriate targets for CSIS intrusive surveillance, here too there have been serious questions about CSIS methods spilling over into investigations of Canadian Muslims as a 'suspect community' - especially

[43] Whitaker Affidavit at para. 34.
[44] Whitaker Affidavit at para. 35.

with recent attention to jihadist 'radicalization' of Muslim youth and alleged terrorist recruitment within mosques and other Islamic institutions.[45]

53. Since 2001, CSIS has continued to identify terrorist threats posed by Islamic extremists as its main targets for investigation. However, certain protest movements - e.g., anti-globalization, environmentalists and First Nations - have also attracted CSIS attention. In the case of anti-globalization protests, CSIS has apparently been conducting security assessments as far back as 1997 during the APEC summit in Vancouver. Declassified documents suggest that CSIS performed assessments of all groups participating in the APEC protests, including such obviously inoffensive aggregations as the Raging Grannies. The reason for investigating such a wide range of groups is straightforward: the 'bad guys' may be trying to hide in plain sight within peaceful groupings, or trying to undermine and manipulate peaceful groups for violent ends. Thus all groups must be scrutinized, regardless of their professed aims - precisely the logic that led the RCMP security service to conduct intrusive surveillance of the trade union movement and lawful sovereigntist groups in Quebec.[46]

54. Professor Whitaker states that the 'bad apples' argument is not entirely unreasonable. However, he cautions that if not very carefully managed, it risks punishing peaceful dissenters for the sins of the violent, creating in effect new categories of 'subversive' political behaviour subject to political policing by the state, to the distinct detriment of liberal democracy.[47]

55. With respect to the concerns and potential actions of environmental groups, NGOs, and First Nations regarding major energy resource projects, Professor Whitaker acknowledges it is true that critical infrastructure could be a prime terrorist target and that there have been a few attacks on pipelines in Alberta in the past (although there is no evidence these were the work of organized terrorist networks). Nevertheless, Professor Whitaker concludes it is "apparently a short step" for

[45] Whitaker Affidavit at para. 35.
[46] Whitaker Affidavit at para. 36-37.
[47] Whitaker Affidavit at para. 37.

agencies like CSIS and the RCMP to leap from strong dissent, discussion of civil disobedience, and provocative statements by political leaders that protests by "environmentalists and other radicals" are harmful to the Canadian economy to seeing potential violence against critical infrastructure - and thus a threat to national security - as a potential implicit in all of these groups.[48]

56. Professor Whitaker observes that there is today a pervasive suspicion and distrust among environmental and First Nations groups of government and its agencies spying on their activities, with little regard for fine distinctions between advocacy, protest and dissent and genuine threats to national security. Professor Whitaker concludes that in light of the long record of the RCMP and CSIS blurring this line, this distrust is not unfounded.[49]

C. The *Access to Information Act* Documents

57. The parties agreed during the course of the hearing and there is no dispute that the documents which led to the present complaint are in fact records obtained under the *Access to Information Act* from the National Energy Board [Exhibit C-1, Tab 4] and CSIS [Exhibit C-1, Tab 5]. Neither the Service nor Committee counsel raised any objection to the Complainant relying on these documents for the truth of their contents under the public records exemption to the hearsay evidence rule.[50]

58. Significantly, the *ATIA* documents released by the NEB include many redactions pursuant to section 16(1)(c)(ii), the exemption for information that could reveal the identity of a confidential source of information.[51] The NEB documents also include

---

[48] Whitaker Affidavit at paras 38-39.
[49] Whitaker Affidavit at para. 40.
[50] Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC at 107-109.
[51] See, e.g., National Energy Board, "Appendix 11: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Prince Rupert," dated January 23, 2013, [Exhibit C-1, Tab 4 at 000080-81, 000084], which contains information about events around the Kelowna hearings, including the January 27, 2013 workshop presented by Leadnow and Dogwood. Also see: Emails dated

redactions pursuant to section 15(1)(d)(ii), the exemption for information obtained or prepared for the purpose of intelligence relating to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.[52]

59. The *ATIA* records released by the National Energy Board indicate that CSIS provided the Board with intelligence beyond the open-source information its own staff were capable of gathering. Richard Garber, the NEB's Group Leader of Security, wrote in a January 31, 2013 email that the Board's security team had "consulted today with CSIS at national and regional levels," noting that they would continue monitoring all sources of information together with police and intelligence partners.[53]

60. The NEB's "threat assessments" pertaining to its hearings in Kelowna and Prince Rupert confirm that the Board consulted with "national-level intelligence resources" including "the Canadian Security Intelligence Service, both National Headquarters and Regional offices."[54]

61. A member of the RCMP's Critical Infrastructure Intelligence Team ("CIIT") wrote to NEB staff and at least one CSIS official, [redacted] on April 19, 2013 regarding the risk of interference with the Board's hearings by groups opposed to oilsands and pipeline development.[55] Despite acknowledging that CIIT had no intelligence indicating a criminal threat to the NEB or its members, the email advises that CIIT "will continue to monitor all aspects of the anti-petroleum industry movement" and confirms that this information is also being shared with CSIS.

January 18-21, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000087-93]; Emails dated December 20, 2012 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000120].

[52] Package of *ATIA* documents from the NEB [Exhibit C-1, Tab 4 at 000013, 000017, 000025-26].

[53] Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38].

[54] National Energy Board, "Appendix 9: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Kelowna," dated January 24, 2013, 12 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000061]; National Energy Board, "Appendix 11: Enbridge Northern Gateway Project Security Plan: Prince Rupert," dated January 23, 2013, 10 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000077].

[55] Email of T. O'Neil to R. Garber and 23 other recipients re "Security Concerns - National Energy Board," dated April 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000014-15].

62. The April 19, 2013 email also refers to the biannual "NRCan Classified Briefings" convened by Natural Resources Canada, at which CSIS and the RCMP share information about security matters, including the monitoring of environmental organizations and activists, with the NEB and representatives of the energy industry.[56] The email goes on to invite the Board's representatives to discuss their concerns with security officials at the next NRCan Classified Briefing meeting.

63. BCCLA finds it disturbing that CSIS would provide such high-level intelligence to an arms-length government adjudicative body such as the NEB, particularly since national and local police had no expectation of any criminal activity in connection with the Board's proceedings. Such information sharing may compromise the ability of individuals, groups and organizations to participate fully and effectively before the NEB, as industry representatives may receive information that assists in advancing their position before the Board, and the Board itself may be made privy to unproven yet highly prejudicial allegations against some of the parties appearing before it.

64. A second set of *ATIA* records, released by the Service, includes two memos from Assistant Director Tom Venner to the Director in anticipation of meetings of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy. The first of these memos states that the meeting called for June 9, 2014 was to discuss the federal response to protests associated with resource and energy development. Although largely redacted, released portions of the memo state:

> Traditional Aboriginal and treaty rights issues, including land use, persist across Canada [...] discontent related to natural resource development across Canada is largely an extension of traditional concerns. In British Columbia, this is primarily related to pipeline projects (such as Northern Gateway).
>
> [...]

[56] Matthew Millar, "Harper government's extensive spying on anti-oilsands groups revealed in FOIs," *The Vancouver Observer*, November 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 9]; Matthew Millar, "Harper government officials, spies meet with energy industry in Ottawa," *The Vancouver Observer*, November 22, 2013 [Exhibit C-1, Tab 12].

> The Service recognizes that many of these issues involve legitimate protest and dissent and as such, have no mandate nexus.[57]

65. The second memo relates to a follow-up meeting called for June 19, 2014 to further discuss the federal response to potential protests associated with resource and energy development issues in summer 2014. Although partly redacted, the discussion under the heading "Northern Gateway Pipeline Decision" includes the following statements:

> The federal government is expected to render its decision pertaining to the proposed Norther Gateway pipeline project on 17 June. The project was approved by the National Energy Board in late 2013, and has become a touchstone for opposition to oil sands development. While most of the Aboriginal (and non-Aboriginal) opposition falls under the category of legitimate protest and dissent [redacted]
>
> [...]
>
> In the event that the Government approves the pipeline, the Service assesses that [redacted]
>
> [...]
>
> The Government may also announce that while it supports the Northern Gateway project, it will not approve it until after additional Aboriginal consultation is conducted [redacted] The Service assesses that [redacted]
>
> [...]
>
> There is also a possibility that the Government could reject the pipeline. The Service assesses [redacted] the Service assesses that [redacted]
>
> [...]
>
> The Service recognizes that many of these issues involve legitimate protest and dissent and as such, have no nexus to CSIS' mandate.[58]

66. BCCLA maintains that these documents confirm that the Service was indeed collecting information about opponents to the Northern Gateway pipeline project. Indeed, it is clear that the Service had collected enough information as to provide

---

[57] Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 9, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5].
[58] Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 19, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5].

detailed intelligence assessments for purposes of briefing Deputy Ministers regarding potential protests associated with resource and energy development issues. Moreover, the memos reveal that CSIS was fully aware that much of the information it collected and assessed concerned issues which involved legitimate protest and dissent, and was therefore outside its mandate under the *CSIS Act*.

D. Testimony of Individual Witnesses

(i) Josh Paterson (BCCLA)

67. Josh Paterson appeared before the Committee in his capacity as Executive Director of the British Columbia Civil Liberties Association. Mr Paterson is a member of the Law Society of British Columbia, and has been BCCLA's Executive Director since January 2013.[59] Mr Paterson testified that BCCLA is a non-partisan, non-profit charitable organization established in 1962. Its mandate is to promote, defend, and extend human rights and freedoms within Canada.[60]

68. To fulfil its mandate, BCCLA engages in public education, individualized casework, law reform, and litigation, including participating as an intervener or party in many cases before the Supreme Court of Canada as well as lower courts.[61] Matters involving civil liberties in the national security context have consistently been a focus for BCCLA, which was one of the parties initially involved in the McDonald Commission of Inquiry and is presently involved in numerous security-related cases.[62]

69. Although Mr Paterson testified at the NEB's Northern Gateway hearings in his personal capacity as a member of the public, BCCLA was not involved in the NEB

---

[59] Testimony of Josh Paterson, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Wednesday, August 12, 2015, at Vancouver, BC ["Paterson Evidence"] at 66-67.
[60] Paterson Evidence at 68; Printouts from BCCLA Website [Exhibit C-1, Tab 14].
[61] Paterson Evidence at 68-72.
[62] Paterson Evidence at 72-73.

process and takes no position on the Northern Gateway project. BCCLA's only involvement in the NEB's process was to write a letter questioning the decision not to hold its Vancouver hearings in public.[63]

70. Mr Paterson testified that BCCLA's interest in the present complaint is as a watchdog in relation to the right to protest and engage in public processes. BCCLA is particularly concerned about the possibility that security services of the government of Canada were gathering or participating in the collection of information on the activities of people engaged in lawful, peaceful, and democratic political activities.[64]

71. Mr Paterson testified that the *Vancouver Observer* article which first reported on intelligence collection and sharing in relation to the NEB hearings raised concerns for BCCLA with respect to people's ability to engage in democratic processes, including protest and dissent. The journalist provided the *ATIA* documents to Mr Paterson, who then spoke to representatives of ForestEthics, Sierra Club, Leadnow, and the Dogwood Initiative.[65] Mr Paterson testified that all of the representatives he spoke with were concerned about the story, and worried that they personally and their organizations and people associated with them, may have been spied upon.[66]

72. Mr Paterson testified that the January 31, 2013 email from the NEB's Group Leader of Security, which stated that the Board's security team had "consulted today with CSIS at national and regional levels," suggested to BCCLA that the NEB had been in contact with the Service about the upcoming hearings, and the subsequent references to "intelligence received" and "intelligence partners" implied that the NEB had asked for, and received, information from both CSIS and the RCMP.[67] Mr Paterson testified that the NEB's "threat assessment" documents, which also referred

---

[63] Paterson Evidence at 81-82.
[64] Paterson Evidence at 83-84.
[65] Paterson Evidence at 74-75, 117-118; Matthew Millar, "Harper government's extensive spying on anti-oilsands groups revealed in FOIs," *The Vancouver Observer*, November 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 9]; *ATIA* Release Package from the National Energy Board [Exhibit C-1, Tab 4].
[66] Paterson Evidence at 75-76.
[67] Paterson Evidence at 85-87; Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38].

to consultations with CSIS, further supported the inference that the NEB had at least consulted with CSIS and likely received information from the Service.[68]

73. Mr Paterson also testified about a second set of *ATIA* documents, obtained from journalist Jim Bronskill, which include an internal Service memorandum which makes reference to and reports on "discontent [...] primarily related to pipeline projects (such as Northern Gateway)," and a subsequent Memorandum to the Director dealing with potential reaction to the Northern Gateway pipeline decision. It is BCCLA's position that such assessments could not have been prepared unless CSIS had collected information about groups opposed to the Northern Gateway project.[69]

74. These *ATIA* documents also included a list prepared by the Government Operations Centre ("GOC") entitled "2014 Protests & Demonstrations Season." Mr Paterson testified that BCCLA has publicly expressed concerns about the GOC's treatment of protests as a threat to be monitored and reported upon.[70]

75. Lastly, Mr Paterson testified that to his knowledge, none of the groups referred to in this complaint, ForestEthics, Dogwood Initiative, Sierra Club, Leadnow, Council of Canadians, and West Kootenay EcoSociety have been involved in violent activities. In fact, Mr Paterson testified that it is his understanding that these groups are committed to non-violence in their actions.[71]

---

[68] Paterson Evidence at 87-88; EMAILS AT 00068 and 00077. National Energy Board, "Appendix 9: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Kelowna," dated January 24, 2013, 12 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000061]; National Energy Board, "Appendix 11: Enbridge Northern Gateway Project Security Plan: Prince Rupert," dated January 23, 2013, 10 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000077].

[69] Paterson Evidence at 94-96, 100-101, 118; Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 9, 2014 and Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 9, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5].

[70] Paterson Evidence at 97-99; Government Operations Centre, "Government of Canada Risk Forecast: 2014 Protests & Demonstrations Season" [Exhibit C-1, Tab 5].

[71] Paterson Evidence at 90-91, 101-105; "About Us" and "Statement on Non-Violence" from Council of Canadians website [Exhibit C-2, Tab 48]; "Statement of Purpose" from Council of Canadians, "The Purpose, Structure, and Governance of the Council of Canadians [Exhibit C-2, Tab 29]; "About Us" from EcoSociety website [Exhibit C-2, Tab 50]; EcoSociety Annual Report 2014 [Exhibit C-2, Tab 51].

(ii) Celine Trojand (Dogwood Initiative)

76. Celine Trojand is the Director of Organizing at Dogwood Initiative ("Dogwood"), a non-partisan, pro-democracy group that was founded in the late 1990s and now has approximately 28 staff, 2,200 active volunteers, and 315,000 supporters.[72] In this position, which she has held since 2009, Ms Trojand works with Dogwood's volunteers, who are engaged in canvassing and other community organizing activities. Ms Trojand often meets with new volunteers one-on-one to learn more about their backgrounds and what they hope to achieve with Dogwood, as well as to ensure they have the training and necessary skills to participate in Dogwood's organizing work.[73]

77. Dogwood's core mission is to enable British Columbians as local citizens to reclaim decision-making over their land, air, and water.[74] While its directors have discussed and debated the tactic of civil disobedience, Dogwood actively discourages escalation or any type of unlawful activity in favour of using community and democratic engagement as the key to achieving change. To this end, Dogwood has a policy which requires prior authorization for any activities which may be include or support acts of civil disobedience.[75] Dogwood describes its supporters as "reasonable people with sensible concerns about democracy and participation." According to its supporter surveys, the majority of Dogwood's supporters are over the age of 55, hold university degrees, and are either employed or retired.[76]

---

[72] Testimony of Celine Trojand, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC ["Trojand Evidence"] at 10, 13-15; Testimony of Terry Dance-Bennink, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC ["Dance-Bennink Evidence"] at 74.

[73] Trojand Evidence at 9-13; Celine Trojand bio from Dogwood Initiative website [Exhibit C-2, Tab 25]; Dogwood Initiative Annual Report, 2013-2014 [Exhibit C-2, Tab 17] at 18-19.

[74] "About Us" from Dogwood Initiative website [Exhibit C-2, Tab 15]; Dance-Bennink Evidence at 73.

[75] Trojand Evidence at 18-23; Paterson Evidence at 90; Minutes of Civil Disobedience Meeting, dated February 20, 2013 [Exhibit C-2, Tab 24]; Memo re Dogwood Initiative Policy on Civil Disobedience, dated July 24, 2015 [Exhibit C-3, Tab 5].

[76] Trojand Evidence at 16; Dance-Bennink Evidence at 74-75; "About Us" from Dogwood Initiative website [Exhibit C-2, Tab 15]; Dogwood Initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 4; Dogwood Supporter Survey Findings, October 2013 [Exhibit C-2, Tab 18] at 30-33.

78. Dogwood has been involved in pipeline and tanker projects since 2004, with its efforts focusing primarily on aiding the public in engaging and expressing their views, both in NEB processes and by engaging directly with federal government officials and other decision-makers.[77] Dogwood's engagement with the Northern Gateway project has focused on legitimate political organizing and promoting a Citizens' Initiative for a democratic vote on whether or not projects like this should proceed.[78] As part of these efforts, and out of a desire to avoid involvement in possible civil disobedience at a major rally, Dogwood participated with Leadnow in secondary events following the October 2013 "Defend Our Coast" rally, with a focus on encouraging members of the public to engage with their local MLAs.[79]

79. Dogwood was not a party or intervener in the NEB's Northern Gateway hearings, but developed online resources to assist members of the public who wanted to participate in the hearings. Using these online tools, Dogwood assisted 1,575 British Columbians to sign up, 837 of whom ultimately participated and presented at the NEB hearings.[80] Dogwood also ran a series of online and in-person workshops with other partner organizations to inform and assist members of the public in familiarizing themselves with the NEB process, and preparing for their presentations with skills in storytelling, theory of change, messaging, and other techniques for maximizing their time and impact at the hearings.[81]

80. The workshop held on January 27, 2013 at the First United Church Hall in Kelowna was one of these events. Together with representatives from Leadnow, Ms Trojand led a group of forty to fifty people in sessions on storytelling, sign-making, and her own session on "theory of change." Ms Trojand testified that in this session,

---

[77] Trojand Evidence at 23-26; Dogwood Initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 5-6.
[78] Trojand Evidence at 26-28; Dogwood Initiative, "Frequently asked questions about Dogwood's new strategy" [Exhibit C-2, Tab 19].
[79] Trojand Evidence at 28-30; Dogwood Initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 4, 6; "Defend Our Coast" from Dogwood Initiative website [Exhibit C-2, Tab 21].
[80] Trojand Evidence at 31-32; Form letters re "Mob the Mic" [Exhibit C-3, Tab 1].
[81] Trojand Evidence at 32-35; "Maximizing Your Impact at the Enbridge Northern Gateway Community Hearings" [Exhibit C-2, Tab 44]; Sierra Club BC, "Joint Review Panel Oral Statements Q&A" [Exhibit C-2, Tab 43] at 10; Dogwood Initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 6.

there was an emphasis on the position that civil disobedience was not an appropriate tactic, and that participating in democratic processes was most likely a more effective way of effecting change.[82] Ms Trojand expressly denied that the workshops were in any way meant as a threat to the NEB hearings or to intimidate the panel or other participants in the hearing. She disputed the NEB's characterization of this event as "community resistance," referring to it as "community organizing" or "political organizing."[83]

81. Because the NEB hearings were closed to the public, Dogwood live-tweeted and shared public comments and statements from the hearings. Dogwood also organized a "Knock the Vote" canvassing campaign to invite supporters to reach out to the community and celebrate those who had made presentations at the hearings.[84]

82. Ms Trojand testified that staff and supporters first became alarmed that Dogwood may be under government scrutiny in 2012, when then-Minister of the Environment, Joe Oliver, published an open letter referring to "environmental and other radical groups" that threaten to "hijack" the regulatory system to achieve a "radical ideological agenda" using "funding from foreign special interest groups to undermine Canada's national economic interest."[85]

---

[82] Trojand Evidence at 39-41, 43-44; Biggar Evidence at 135-136; Form letter invitation re January 27, 2013 Pipelines and Provincial Organizing Workshop in Kelowna [Exhibit C-3, Tab 3]; Matthew Millar, "Exposure of Harper Government spying should frighten 'scandal plagued' Tory pols: Leadnow," *The Vancouver Observer*, November 23, 2013 [Exhibit C-2, Tab 47]. Ms Trojand testified that she also spoke briefly at an Idle No More event outside the hearing in Kelowna on the same weekend, but this occurred spontaneously as she was leaving the NEB hearings, and was not an event organised or promoted by Dogwood. See: Email of L. Williams to R. Garber et al. re ENG Project Hearing - Security Daily Brief - 28 Jan 13, Kelowna, BC [Exhibit C-1, Tab 4 at 000045].

[83] Trojand Evidence at 42-45; National Energy Board, "Appendix 9: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Kelowna," dated January 24, 2013, 12 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000061].

[84] Trojand Evidence at 25, 35-38; Event listing, media advisory, form letter invitation, and canvassing pack for "Knock the Vote" event in Victoria [Exhibit C-3, Tab 4]; Dogwood initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 6-7.

[85] Trojand Evidence at 56-57; Open Letter from the Hon. Joe Oliver, Minister of Natural Resources, dated January 9, 2012 [Exhibit C-3, Tab 7].

83. Ms Trojand testified that Dogwood and many of its supporters were aware of the 2013 media reports concerning CSIS and the RCMP monitoring Dogwood's activities. Dogwood staff and volunteers discussed the reports and took measures to improve internal security as a result. Ms Trojand also testified that Dogwood's Executive Director received a number of calls from staff and supporters expressing concern. They also began encountering the effects of this in the community, where individuals would refuse to sign up because they were worried that they would be "on a government list" or that they might lose their job.[86]

84. Ms Trojand testified that these media reports affected Dogwood's ability to connect and interact with potential supporters as well as its own volunteer teams. Ms Trojand testified that Dogwood faced questions and concerns from volunteers including:

> *What does this mean? Does this mean that my emails are being monitored? Does this mean that my phone is tapped? What does this look like? Are there informants in our midst?*[87]

85. Ms Trojand referred to one student who inquired about whether volunteering with Dogwood was "still okay" in light of Bill C-51, and observed that following the media reports of surveillance and the introduction of Bill C-51, people became alarmed and "felt as if there might be real consequences to engaging with Dogwood for simple things such as knocking on doors and making phone calls to residents and voters and talking to their neighbours about issues that we work on."[88]

(iii) Terry Dance-Bennink (Dogwood Initiative)

86. Terry Dance-Bennink has been a volunteer with Dogwood since 2013, and is presently its Regional Organizer for the South Island, including the federal ridings of Victoria and Esquimalt Saanich Sooke. In this capacity, Ms Dance-Bennink works with

[86] Trojand Evidence at 45-47; Matthew Millar, "Harper government's extensive spying on anti-oilsands groups revealed in FOIs," *The Vancouver Observer*, November 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 9].
[87] Trojand Evidence at 47.
[88] Trojand Evidence at 48-49; Email from Fiana to Arie Ross, May 12, 2015 [Exhibit C-2, Tab 30].

approximately one hundred Dogwood volunteers, most between the ages of 50 and 80, who canvass door-to-door to encourage people to support a petition for a province-wide vote on the issues of pipeline and tanker expansion.[89]

87. Ms Dance-Bennink previously served as Vice President, Academic of Sir Sanford Fleming College in Peterborough, Ontario, but is now retired and resides on the waterfront in Victoria, British Columbia. She testified that, having grown up in the sixties and being a United Church member, she was involved in the peace movement, women's rights, union organizing, and other causes associated with civil rights. Ms Dance-Bennink recalls the invocation of the *War Measures Act* in 1970 as a particularly sobering and scary experience, and testified that she does not want to see history repeat itself in terms of the arrests made during that period. Ms Dance-Bennink has maintained her involvement with the church, and presently serves as chair of the Justice and Outreach Team at Esquimalt United Church. As a Christian, she is committed to peaceful, non-violent activism as espoused by Martin Luther-King and Gandhi, and has never been involved in any violent actions.[90]

88. Ms Dance-Bennink testified that for decades she was focussed on her career and had not been politically active. However, she became familiar with the environmental sector through her work with Sir Sanford Fleming College's School of Environmental and Natural Resource Sciences, and developed a greater awareness and sense of urgency regarding human and environmental mortality as a cancer survivor. Ms Dance-Bennink is also concerned about the potential implications of an oil spill on her home and community in the City of Victoria. For all these reasons, she decided to become involved, first by presenting at the NEB's Northern Gateway hearings, and later travelling to the tar sands "to see for myself."[91]

---

[89] Dance-Bennink Evidence at 61-63, 73-75; Terry Dance-Bennink bio from Dogwood Initiative website [Exhibit C-2, Tab 26]; Dogwood Initiative, "Frequently asked questions about Dogwood's new strategy" [Exhibit C-2, Tab 19].
[90] Dance-Bennink Evidence at 61-64.
[91] Dance-Bennink Evidence at 64-65, 70-72, 76-77. "My Letter to the Northern Gateway Project Panel," dated July 31, 2012 and Presentation to the Enbridge Northern Gateway Project, Joint Review Panel, January 10, 2013 [Exhibit C-3, Tab 6].

89. Ms Dance-Bennink testified about her two-week trip in September 2013, during which she travelled along the Athabasca River from Banff to Fort McKay on a faith-based pilgrimage led by a Roman Catholic sister. She described the trip as a "turning point in my life" that left her "depressed... shocked and upset." She described observing first-hand the extraction activities around Fort McMurray and Fort McKay, learning about health and water quality issues faced by local residents and First Nations communities, and the impact on climate change and global warming.[92]

90. Ms Dance-Bennink testified about the impact of the media reports concerning monitoring of Dogwood by the RCMP and CSIS on other volunteers she works with. Ms Dance-Bennink surveyed her volunteers and received feedback reflecting major concerns, including reluctance to sign petitions or attend rallies out of fears they were "going to end up on a government security list"; concerns about being photographed; concerns that signing a petition or volunteering with Dogwood might jeopardize their employment or pensions; concerns about sharing information via social media; and concerns about informers attending events to monitor and gather intelligence for use by government agencies and the NEB.[93]

91. In particular, Ms Dance-Bennink spoke about an incident in which she and a team of Dogwood canvassers at a festival in Langford noticed a man photographing them from a distance with a large camera and telephoto lens. Ms Dance-Bennink said *"I felt pretty strange. I definitely felt that it was suspicious. It was unpleasant. It was creepy, and certainly my volunteers were upset about that."* Ms Dance-Bennink testified that she found this intimidating, emphasizing that *"all we are doing is exercising the democratic right to meet, free assembly, and to express our views."*[94]

---

[92] Dance-Bennink Evidence at 65-70, 72; Terry Dance-Bennink, "River Pilgrimage to the Tar Sands," Parts 1-4, published on Sierra Club BC website [Exhibit C-2, Tab 27].
[93] Dance-Bennink Evidence at 77-83.
[94] Dance-Bennink Evidence at 79-80.

92. Ms Dance-Bennink also testified as to her own concerns about suspicious persons who have volunteered with Dogwood and actively encouraged "aggressive interventions" like mass events and rallies. Ms Dance-Bennink testified that she responds to such individuals by saying *"that's not Dogwood. That's not our approach. We're into the slow slog of grassroots organizing, democratic, peaceful, advocacy."* Ms Dance-Bennink said that while she does not want to make people "paranoid," the possibility of informers is a concern that she finds "scary."[95]

93. Ms Dance-Bennink described the concerns she has heard from Dogwood volunteers and members of the public as reflecting uncertainty as to *"what's the dividing line between perfectly legal activity and being deemed a 'radical extremist,' as Dogwood has been labelled at one point."* Indeed, Ms Dance-Bennink stated that she even had to think carefully about whether she was willing to testify before the Committee because *"now, CSIS is getting to know me. And it is scary."*[96] Ultimately, however, Ms Dance-Bennink testified that:

> *We are cautious. We are concerned. But we will not be bullied. We are not going to be intimidated. If we are silent, that's the worst thing that can happen.*
>
> *We are doing nothing wrong, and we have nothing to hide. So everybody is plowing ahead, even though nervous. I think that's the key thing: that we don't feel any guilt. We have nothing to hide.*[97]

(iv) Jamie Biggar (Leadnow Society)

94. Jamie Biggar is a co-founder, founding Executive Director, and current Campaigns Director at the Leadnow Society ("Leadnow"), an independent, non-profit advocacy organization that was established in 2010 and publicly launched in 2011.[98] Leadnow is governed by a board of directors, and has a community of individuals that have participated in its campaigns and subscribe to its mailing list numbering over

---

[95] Dance-Bennink Evidence at 81-82.
[96] Dance-Bennink Evidence at 84.
[97] Dance-Bennink Evidence at 84.
[98] Testimony of Jamie Biggar, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC ["Biggar Evidence"] at 113-114; "Staff" from Leadnow website [Exhibit C-2, Tab 46].

450,000. Leadnow has an average annual budget of approximately $1.28 million, and derives its core funding comes from one-time donations and approximately 2,000 donors who provide monthly contributions.[99]

95. Mr Biggar described Leadnow as fundamentally an "engagement organization" that helps people organize with one another to become more effective at reaching, informing, and engaging other Canadians regarding policy issues and changes they would like to see within these three priority areas. Mr Biggar testified that the Leadnow community identified three major "issue areas" as priorities for the organization: working for a strong democracy; working for a fair economy; and working for a clean environment.[100]

96. Leadnow fulfils its mandate by channeling people into participation and the formal channels of political discourse in the country. Mr Biggar emphasized that Leadnow has never advocated violent activities as a way of communicating a message or participating in public issues, noting that Leadnow takes its reputation as a credible democratic engagement organization very seriously and wishes to focus its energy toward many actions within the formal political system through peaceful means such as emails, phone calls, and social media "shares."[101]

97. With respect to the NEB's hearings into the Northern Gateway pipeline project, Mr Biggar testified that Leadnow's priority of "working towards a clean environment" includes attempting to address climate change, and that the question of pipeline construction has been a central issue in this area over the past few years. Leadnow also had concerns about Northern Gateway from a "strong democracy" perspective, given the opposition of First Nations communities to the project and the need to incorporate their voices into the process, as well as the relationship between the federal government and the NEB itself.[102]

---

[99] Biggar Evidence at 114-118.
[100] Biggar Evidence at 116-117; "Vision & Mission" from Leadnow website [Exhibit C-2, Tab 46].
[101] Biggar Evidence at 126, 132; Paterson Evidence at 90-91.
[102] Biggar Evidence at 121-122.

98. Mr Biggar testified that given these concerns, Leadnow began working on the Northern Gateway pipeline issue in 2012, in response to the comments of then-Minister of the Environment, Joe Oliver, alleging that opposition to the project was coming from "foreign-funded radicals" and out of concern that the NEB process would be unfair. Mr Biggar rejects characterizing Leadnow as a "radical group," and the organization responded to Minister Oliver's statement by launching an online campaign calling on the Minister to reconsider his support for the pipeline and to shift the focus to developing clean energy sources. Mr Biggar testified that this "action" engaged several tens of thousands of people who sent letters online.[103]

99. Leadnow was not a formal party or intervener in the NEB hearings, but it was involved in several events relating to the hearings. Leadnow participated in the "Defend Our Coast" events in the fall of 2012 by organizing a series of "satellite rallies" and online actions in conjunction with a large rally at the BC Legislature, which was not organized by Leadnow.[104] Leadnow was also involved in organizing a workshop event in Kelowna on January 27, 2013 to assist citizens who were participating in the NEB hearings. One workshop offered a storytelling exercise to help people draw upon their own values, feelings, and thoughts to better express their concerns and desire for change. The other workshop focused on creative expression, and involved making signs and other visual aids. Mr Biggar disputed the NEB's "community resistance" characterization, emphasizing that there was nothing illegal or untowards about the event.[105]

---

[103] Biggar Evidence at 122-123, 125-126; Open Letter from the Hon. Joe Oliver, Minister of Natural Resources, dated January 9, 2012 [Exhibit C-3, Tab 7].
[104] Biggar Evidence at 124-125; Dogwood Initiative Annual Report, 2012-2013 [Exhibit C-2, Tab 16] at 6.
[105] Biggar Evidence at 127-132; Form letter invitation re January 27, 2013 Pipelines and Provincial Organizing Workshop in Kelowna [Exhibit C-3, Tab 3]; National Energy Board, "Appendix 9: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Kelowna," dated January 24, 2013, 12 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000061]; Matthew Millar, "Exposure of Harper Government spying should frighten 'scandal plagued' Tory pols: Leadnow," *The Vancouver Observer*, November 23, 2013 [Exhibit C-2, Tab 47].

100. Mr Biggar testified that Leadnow found the media reports regarding monitoring or surveillance by CSIS or the RCMP very concerning, particularly in light of Minister Oliver's earlier comments. According to Mr Biggar, there was a perception amongst Leadnow's staff, volunteers, and community that they were being targeted, watched, and put on an "enemy list" by the government.[106]

101. Because they did not know the scope of the surveillance or intelligence gathering being conducted, Leadnow staff lost confidence in their privacy and came to assume their devices could be monitored and recorded, and thus should be treated as though they were open to government, security agencies, and potentially the oil industry.[107] Mr Biggar expressed Leadnow's concerns as follows:

> *Within the broader community, it was an important step [...] on the road, starting with Joe Oliver's targeting of us, to a deep concern by many members of the community [...] which shows up in our inbox, which shows up in Facebook comments, which shows up in conversations with organizers and potential volunteers, a concern that if people participate, they will end up on some kind of a list, that the government is hostile to them and to their attempts to express themselves, and all of that has had a "chill" effect on their participation.*
>
> *[...]*
>
> *[i]t has removed a sense of privacy from the organization itself and pushed us into a position where we simply assume that we are being surveilled at all times [...] and it has, frankly, scared a lot of our membership and made them concerned that if they participate in normal peaceful democratic channels, particularly through us, they may end up on a list and that their information may be used improperly or in some way used against them.* [108]

(v) Caitlyn Vernon (Sierra Club of British Columbia)

102. Caitlyn Vernon is the Campaigns Director at the Sierra Club of British Columbia Foundation ("Sierra Club BC"), a position she has held since 2007. In her capacity as Campaigns Director, Ms Vernon is responsible for overseeing all of Sierra Club BC's

---

[106] Biggar Evidence at 133-134, 136, 139-140.
[107] Biggar Evidence at 136.
[108] Biggar Evidence at 137-138.

campaign work, including supervising staff, fundraising, financial and organizational management, and some campaigning.[109]

103. Sierra Club BC is a registered charity founded in 1969. Its mandate is to protect, conserve, and educate the public about BC's wilderness and ecosystems, within the urgent context of climate change and global warming. Sierra Club BC has an annual budget of approximately $1 million, and consists of a volunteer board of directors, the equivalent of nine or ten full-time staff, volunteers, and approximately 15,000 members. Ms Vernon confirmed in her testimony that Sierra Club BC is an entirely separate entity from both Sierra Club Canada and Sierra Club US.[110]

104. Ms Vernon testified that in all its campaigns, Sierra Club BC's primary goal is always to raise public awareness and to educate the public about ecological values in British Columbia that may be under threat from various projects. Sierra Club BC does this by producing science-based reports and maps, organizing educational speaking events and rallies, speaking with the media, and sometimes participating in litigation, often with other organizations. [111]

105. Ms Vernon testified that Sierra Club BC does not condone or promote civil disobedience: *"we do all that we can within the bounds of the law to raise awareness about the ecological values that are at stake. But we do not do civil disobedience. It is a very clear policy."*[112] In this regard, Ms Vernon clarified that a document among the NEB's *ATIA* records regarding civil disobedience related only to Sierra Club US, and confirmed that Sierra Club BC had no involvement in this action.[113]

---

[109] Testimony of Caitlyn Vernon, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC ["Vernon Evidence"] at 144-145.
[110] Vernon Evidence at 146-149; Printouts from Sierra Club BC website [Exhibit C-2, Tab 39].
[111] Vernon Evidence at 151-152.
[112] Vernon Evidence at 159-160; Sierra Club BC Statement on Civil Disobedience [Exhibit C-1, Tab 4 at 000035].
[113] Vernon Evidence at 160-163; "Open Source intel as at 31 January 2013: Sierra Club's Michael Brune on Keystone XL and civil disobedience" [Exhibit C-1, Tab 4 at 000028].

106. Sierra Club BC's recent campaigns have included work relating to the NEB's review of the Northern Gateway pipeline project. While Sierra Club BC did not intervene in the NEB hearings, it helped spread public awareness about the hearings and informed supporters of their opportunity to participate in the public process.[114] To this end, Sierra Club BC held letter-writing parties for people to come together and prepare their written submissions, and produced a backgrounder regarding the NEB hearings and procedures for those who had signed up to speak.[115] Sierra Club BC also held a series of webinars and in-person workshops in order to make presenters more comfortable with participating in the NEB hearing process.[116] Because the NEB hearings in Victoria and Vancouver were not open to the public, Sierra Club BC also attended one of the remote viewing sites and shared some of the testimony from the hearings online via social media.[117]

107. Ms Vernon testified that the media reports concerning monitoring or surveillance of groups involved in or opposed to the Northern Gateway project by the RCMP and CSIS caused a significant impact for Sierra Club BC. Some of the concerns expressed by Sierra Club BC staff, volunteers, and board members include anxiety and fear of being monitored especially in electronic communications, and suspicion of new people at volunteer meetings.[118] Ms Vernon expressed her personal concerns in an article published shortly after the media reports concerning monitoring and surveillance of groups opposed to the Northern Gateway project. [119]

108. Ms Vernon explained Sierra Club BC's concerns as follows:

---

[114] Vernon Evidence at 150-153.
[115] Vernon Evidence at 153-156; Sierra Club BC Annual Report 2012 [Exhibit C-2, Tab 40] at 7; Sierra Club BC Annual Report 2013 [Exhibit C-2, Tab 41]; Sierra Club BC, "Joint Review Panel Oral Statements Q&A" [Exhibit C-2, Tab 43].
[116] Vernon Evidence at 156-157; Sierra Club BC, "Joint Review Panel Oral Statements Q&A" [Exhibit C-2, Tab 43] at 10; "Maximizing Your Impact at the Enbridge Northern Gateway Community Hearings" [Exhibit C-2, Tab 44].
[117] Vernon Evidence at 157-159; "Twitter" [Exhibit C-1, Tab 4 at 000035].
[118] Vernon Evidence at 164-165, 174.
[119] Vernon Evidence at 172-175, 178-179, 181; Caitlyn Vernon, "Why is the Country I Love Spying on me?" *The Huffington Post*, November 27, 2013 [Exhibit C-2, Tab 45].

> We are operating within the bounds of the law. We are operating within the charitable guidelines. We are not doing anything wrong. And yet we feel like we're being put to this level of scrutiny. We feel like we are being painted, somehow, as less-than-honest, even though we are entirely operating above-board and within the law.
>
> Concerns have been expressed about: *what does this mean for people's job prospects, if they want to meet a security clearance for some kind of job or they want to work for the federal government in the future? What does this mean for the ability of Sierra Club BC staff to cross the border, for example?* There are quite a number of concerns of those types that have been raised since these documents were released in 2013. There has also been a hesitancy around what we can say, I guess - there is a "chill" factor. Really, that is what has gone on.
>
> [...]
>
> [I]t makes it more difficult for us to raise awareness [...] of environmental issues and to get people involved in a robust public debate on these issues when members of the public and our supporters are saying that they're scared to sign petitions or they're scared to come to some kind of an event because they might be monitored or put on some unknown federal list. They might be scared to donate, to have their name associated with Sierra Club of BC.
>
> [...]
>
> We've heard from volunteers that some people are scared to get involved. There is a lot of nervous joking that goes on about being monitored, about being on some list and being watched. People are concerned about what they put on their personal social media. Just yesterday, actually, a volunteer told me that somebody didn't sign a petition because they thought that signing petitions was now illegal. So that's what we are hearing "on the street," and that's the kind of fear that has been generated by these documents.[120]

109. Ms Vernon testified that Sierra Club BC's board of directors has become nervous due to this additional scrutiny, and now requires extra caution and administrative work to verify and ensure Sierra Club BC stays well within the guidelines for charitable organizations.[121] Ms Vernon explained:

> These documents that were released in 2013 come in the wake of the verbal attacks, for lack of a better word, of a federal Minister against organizations like Sierra Club BC. And since then, there has been Bill C-51. So there is this climate of fear that has been created that environmental charities that are trying to play a role in civil society and trying to raise really important issues, such as climate change, are being scrutinized really closely, spied on, potentially audited.

---

[120] Vernon Evidence at 166-168.
[121] Vernon Evidence at 168-170.

> We don't really know what's going on. But there is this fear that even though we are operating within all of the rules, somehow the federal government is going to take away our charitable status. I guess that's the ultimate fear. [122]

110. Ms Vernon strongly objected to the proposition that Sierra Club BC or anyone challenging energy projects or the Northern Gateway pipeline is a threat to the security of Canada. Rather, it was Ms Vernon's testimony that it is climate change that threatens the security of Canada, and this issue was expressly excluded from consideration in the NEB hearings.[123]

(vi) Nikki Skuce (ForestEthics)

111. Nikki Skuce was the Senior Energy Campaigner for ForestEthics from 2009 until November 2014, and has extensive experience working on energy issues at the local and international levels.[124]

112. ForestEthics Advocacy Association ("ForestEthics") is a non-profit organization that operates with four or five paid staff and a budget of approximately $500,000. ForestEthics was initially a project of Tides Canada, a charitable foundation, but severed this relationship in 2012 following Minister Oliver's comments and the government's increasing scrutiny of charitable groups involved in energy issues.[125]

113. ForestEthics' goal is to improve conservation by examining markets, but this has expanded to also address climate and energy issues. Ms Skuce testified that ForestEthics typically begins its campaigns with education and outreach at events

---

[122] Vernon Evidence at 171.
[123] Vernon Evidence at 181. Ms Vernon further confirmed that Sierra Club BC has never been invited to a "stakeholders' consultation" such as the classified briefing for energy and utility sector stakeholders hosted by Natural Resources Canada in collaboration with CSIS and the RCMP, as described in the ATIP documents [Vernon Evidence at 181-182].
[124] Testimony of Nikki Skuce, Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC ["Skuce Evidence"] at 186-190; Biography of Nikki Skuce from ForestEthics website [Exhibit C-2, Tab 32]; CV of Nikki Skuce [Exhibit C-2, Tab 34].
[125] Skuce Evidence at 190-196, 213-215; "About ForestEthics Advocacy Association" from ForestEthics website [Exhibit C-2, Tab 31]; Open Letter from the Hon. Joe Oliver, Minister of Natural Resources, dated January 9, 2012 [Exhibit C-3, Tab 7].

and, in the case of the Northern Gateway pipeline project, with a speakers' tour about the issue. ForestEthics works through the media as well as behind the scenes by meeting with government representatives and political leaders.[126] Ms Skuce testified that to her knowledge, ForestEthics has never been involved in any vandalism, violence, or other kinds of direct action for any reasons.[127]

114. ForestEthics became involved in issues relating to tar sands, tankers and pipelines because of their present and potential impact on the Great Bear Rain Forest and the Boreal Forest. ForestEthics began by looking at the consumer side of tar sands products, but became focused on the Northern Gateway pipeline project and appeared as an intervener with Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society in the NEB's joint review panel hearings.[128]

115. Ms Skuce testified that she appeared on behalf of ForestEthics at the NEB hearings, presenting a briefing document and technical evidence regarding Enbridge's oil spill record. Ms Skuce noted that she was cross-examined extensively on her background and qualifications and was asked about ForestEthics' funding and origin, but was never asked about the detailed technical evidence she had presented.[129]

116. In addition to participating as an intervener, Ms Skuce and ForestEthics produced background documents and blog posts to inform people about the hearings and the NEB process, and to encourage and assist them in participating in the public part of the process.[130] Having helped people to sign up, ForestEthics also partnered with other organizations to assist them in preparing to appear and maximizing their impact at the NEB hearings. This assistance ranged from explaining procedural rules

---

[126] Skuce Evidence at 190, 197-198.
[127] Skuce Evidence at 229-230.
[128] Skuce Evidence at 191, 198-200; "Tar Sands" from ForestEthics website [Exhibit C-2, Tab 31].
[129] Skuce Evidence at 200-202; Written Evidence of ForestEthics in the matter of the Enbridge Northern Gateway Project Joint Review Panel [Exhibit C-2, Tab 35].
[130] Skuce Evidence at 203-204, 209-213; ForestEthics, "The Enbridge Northern Gateway Review: What to Expect" [Exhibit C-2, Tab 36]; ForestEthics, "Pipelines and Promises: A summary of missing Enbridge evidence before the JRP hearings" [Exhibit C-2, Tab 37]; ForestEthics, "Case Closed: Enbridge failed to prove Northern Gateway pipelines in national interest" [Exhibit C-2, Tab 38]; Blog postings from ForestEthics website [Exhibit C-3, Tab 8].

and the layout of the hearing room to providing advice on how to make effective presentations or written submissions.[131]

117. ForestEthics also held two "Oil Spill Stories" events, featuring presentations by individuals who had experienced oil spills in communities in Alberta, Burnaby, BC, Kalamazoo, Michigan, and the Gulf of Mexico. The first of these took place in 2011, and the second was held on January 31, 2013.[132]

118. Ms Skuce testified that ForestEthics and its staff were shocked and felt targeted by Minister Oliver's January 9, 2012 letter, which came out the day before the NEB hearings were set to begin and referred to "foreign funded" groups "hijacking the system." Subsequent reports that the RCMP was aware of a meeting Ms Skuce attended in a First Nations community near Fraser Lake, and the November 19, 2013 article suggesting that the RCMP or CSIS were monitoring groups including ForestEthics caused further concerns, both on personally and organizationally.[133]

119. From a personal perspective, Ms Skuce testified that as someone whose partner is from Argentina and whose family were lucky to escape persecution for having different political beliefs, labelling people as "enemies" or "radicals" and monitoring those who express dissent caused a great deal of discomfort, stress, and sleepless nights. Organizationally, these revelations prompted ForestEthics to switch from focussing exclusively on the environment to also being conscious of democracy and working harder to encourage people to participate and have their voices heard, even if they are dissenting opinions. Nevertheless, Ms Skuce acknowledged the media reports also caused a "chill," prompting second-guessing with questions like:

---

[131] Skuce Evidence at 204-206; Sierra Club BC, "Joint Review Panel Oral Statements Q&A" [Exhibit C-2, Tab 43] at 10; "Maximizing Your Impact at the Enbridge Northern Gateway Community Hearings" [Exhibit C-2, Tab 44].
[132] Skuce Evidence at 206-208, 220-221; "Oil Spill Stories: Vancouver" [Exhibit C-1, Tab 4 at 000036].
[133] Skuce Evidence at 213-216, 222-224; Open Letter from the Hon. Joe Oliver, Minister of Natural Resources, dated January 9, 2012 [Exhibit C-3, Tab 7]; Matthew Millar, "Harper government's extensive spying on anti-oilsands groups revealed in FOIs," *The Vancouver Observer*, November 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 9].

> *Are we allowed to do that? Is this okay? Can we still have a rally? Can we say this? Is that crossing the line? Could our words be taken out of context? And who knows, now that we are labelled, that we are being spied on...*[134]

120. Despite maintaining that ForestEthics and other environmental groups are not a threat to the security of Canada, Ms Skuce testified that these concerns were discussed among ForestEthics staff and prompted greater concerns about:

> making sure all our [...] 't's were crossed and our 'I's dotted, and have people verify things more often, and just be more cautious, even though [...] we had the knowledge that we have always abided by the law and not worried, that we are allowed to do these things in this democracy.[135]

(vii) "Robert" (CSIS)

121. The Service called "Robert" to testify at the *in camera* portion of the Committee hearing. Robert joined CSIS in 1986, and since January 2015 has been the Service's Regional Director General for British Columbia and the Yukon.[136]

122. Robert testified regarding the statutory definition of "threats to the security of Canada" under section 2 of the *CSIS Act*. Robert defined "foreign influenced activities" under subsection 2(b) as involving covert or surreptitious behaviour/activity of a foreign entity (government or corporate) seeking to influence the democratic process in Canada.[137] Robert testified that, to his knowledge, the Service has not conducted any investigations concerning "subversion" under subsection 2(d) in the past twenty or twenty-five years.[138]

123. With respect to the interpretation of "detrimental to the interests of Canada" in subsections 2(a) and (b), Robert testified that the scope of these activities is

---

[134] Skuce Evidence at 216-218.
[135] Skuce Evidence at 218-219, 226.
[136] Testimony of "Robert", Transcript of *In Camera* Hearing, held on Thursday, August 13, 2015, at Vancouver, BC [Robert Evidence"] at 238.
[137] Robert Evidence at 256, 261-262.
[138] Robert Evidence at 240-242.

defined by Ministerial directive.[139] In this regard, Robert stated that the "interests of Canada" can include economic, military, or political objectives.[140]

124. Robert testified that the Service's priorities are established annually by the Minister of Public Safety, who articulates the federal government's security priorities in general form. These priorities are developed into intelligence requirements that are distributed to the regional offices, which collect pertinent intelligence and return it to CSIS national headquarters for analysis and dissemination to domestic and foreign partners.[141]

125. Robert testified that one of the government's current security priorities is the protection of critical infrastructure, and stated that as part of that broad mandate the Service has a "niche role" where there is threat-related information that impacts critical infrastructure.[142] This is reflected in the Service's public Annual Reports, which include among the "threat environment" a description of domestic extremism that states: "left-wing extremists often operate in small cells or promote direct attacks against the capitalist system or modern civilization including sabotage of critical infrastructure."[143]

126. Robert conceded that the language in Minister Oliver's letter could be interpreted as engaging the Service's mandate under subsection 2(b) as it relates to foreign influenced activities detrimental to the interests of Canada, but suggested this "would be a stretch."[144] Robert emphasized that for purposes of engaging the Service's mandate, a "threat to the security of Canada" - including to critical infrastructure - must involve "serious violence" beyond examples of civil disobedience such as blocking a roadway or breaking windows.[145] Robert testified that the Service

---

[139] Robert Evidence at 256-258, 268-269, 327-328.
[140] Robert Evidence at 257.
[141] Robert Evidence at 242, 327-328.
[142] Robert Evidence at 252, 301.
[143] CSIS, *Annual Report 2013-2014* [Exhibit CSIS-1, Tab 13] at 0200.
[144] Robert Evidence at 265-268.
[145] Robert Evidence at 267-272, 300-301.

may nevertheless take an interest in demonstrations or protests if it has information about the involvement of an individual or individuals who may pose a risk for violence or use the event as a "pretext" for serious violence.[146]

127. With respect to the Deputy Ministers' Meeting memos, Robert acknowledged that the Service appears to have assessed information, but suggests it may have been simply to assess whether or not there was a mandate after the Service was "drawn into" the matter "for whatever reason" as a part of the government of Canada.[147]

128. Robert testified that in order to meet its mandate of reporting to the government of Canada, the Service may share information with other government entities or the private sector.[148] It was Robert's understanding that the Service's mandate to collect and share information is directly linked to and derived from both sections 12 and 19(2) of the *CSIS Act*.[149]

129. Robert testified with respect to the groups named in the complaint that he was familiar with Idle No More only from his newspaper reading and knew very little about it. He stated that had "heard of" Dogwood Initiative and Leadnow, and had only "very superficial" knowledge of ForestEthics and Sierra Club BC.[150]

130. Robert testified that the NRCan Classified Briefings are held bi-annually "to discuss threat-related activities of mutual interest."[151] Robert stated that the briefings are held at CSIS headquarters because it is a "convenient venue."[152] However, he acknowledged that the Service would share information with private

---

[146] Robert Evidence at 308-310.
[147] Robert Evidence at 305-307.
[148] Robert Evidence at 249-252, 275-276, 319-320.
[149] Robert Evidence at 250-252, 275-277, 319-322.
[150] Robert Evidence at 290-292.
[151] Robert Evidence at 254.
[152] Robert Evidence at 315-318.

sector corporations at these meetings, pursuant to sections 12 and/or 19(2), for purposes of protecting critical infrastructure.[153]

(viii) *Ex Parte* Evidence (CSIS Witnesses 1-4)

131. The Committee heard *ex parte* evidence from four Service witnesses on January 28, 2016 and March 22, 2016. A summary of this evidence was prepared pursuant to sections 37 and 48 of the *CSIS Act*, salient portions of which are summarized below.

132. Witness 1 was Chief of the unit responsible for the Service's domestic extremism investigation from November 2013 to January 2015. She testified about Ministerial Directions to the Director of CSIS, as well as the tasking provided to the regions related to politically-motivated violence and/or sabotage and identified particular targeting files during the period related to the complaint.[154]

133. Witness 1 testified that she had heard of only two of the seven groups identified in BCCLA's complaint, and informed the Committee as to whether any of the seven groups were ever CSIS targets, considered a threat by CSIS, or flagged as such to any department.[155]

134. Witness 2 is an analyst within the Intelligence Assessments Branch (IAB) who specializes in domestic extremism. Witness 2 testified about the evolution of the domestic extremism threat over the past years, and stated that the Service was primarily focused on issues related to the Winter Olympics and the G-8/G-20 at the time of the complaint.[156] (BCCLA notes that both the Winter Olympics in Vancouver and the G-8/G-20 Summit in Toronto were held in 2010, well before the NEB began its

[153] Robert Evidence at 319-321.
[154] Summary of the evidence presented *in camera/ex parte* on January 28, 2016 and March 22, 2016 ("*Ex Parte* Summary") at paras 1-3, 5.
[155] *Ex Parte* Summary at paras 7-8.
[156] *Ex Parte* Summary at paras 11, 13-14.

public hearings into the Northern Gateway project. It is unknown from the summary whether Witness 2's evidence was challenged in this regard.)

135. Witness 2 testified that the biannual classified briefings held by the Department of Natural Resources (NRCan) are used by the Service "to share classified information with energy sector stakeholders, such as the National Energy Board (NEB)." He provided the Committee with concrete examples of ideologically-motivated violence relating to energy and utilities sector stakeholders which were discussed at some of the NRCan briefings. He also spoke to other examples of the Service's outreach and engagement with energy stakeholders regarding emerging domestic threats to certain industries.[157]

136. Witness 2 also testified about specific intelligence assessments that were given to the NEB by the IAB concerning domestic extremism, and whether or not the groups identified in the complaint were mentioned in those assessments.[158]

137. Witness 2 provided the Committee with contextual and classified information about information contained in the *ATIA* documents, including the memorandum entitled "Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy."[159]

138. Witness 2 testified that, as far as he was concerned, the Service was unaware as to who briefed Minister Oliver on the information related to his 2012 letter.[160]

139. Witness 3 is an IAB analyst specializing in the energy sector. He testified that the energy sector file is focused on threats to energy and primarily to critical energy infrastructure, mostly from domestic extremism, terrorism, or possibly from foreign states. His branch also provides assessments related to economic threats or threats to

---

[157] *Ex Parte* Summary at paras 16-17, 19.
[158] *Ex Parte* Summary at para. 18.
[159] *Ex Parte* Summary at para. 23.
[160] *Ex Parte* Summary at para. 24.

Canada's economic interests related to energy in the area of proprietary information.[161]

140. Witness 3 has been a coordinator for the NRCan biannual classified briefings since 2010, and spoke to the Committee about certain topics that have been discussed at past NRCan briefings and other briefings or liaisons with government or private sectors in which CSIS participates. Witness 3 also testified about the April 19, 2013 email regarding "Security Concerns - National Energy Board" contained in the *ATIA* documents which gave rise to this complaint.[162]

141. Witness 4 works in the British Columbia region and was supervisor for the unit responsible for the Service's domestic extremism investigations in Vancouver from 2010 to 2013.[163]

142. Witness 4 testified as to whether or not any of the seven groups mentioned in this complaint, namely Dogwood Initiative, Sierra Club of BC, EcoSociety, Leadnow, Council of Canadians, ForestEthics, and Idle No More were ever a target of a Service Investigation. Witness 4 told the Committee that he had not heard of most of the aforementioned groups prior to this complaint, and that the few groups that he had known at the time were known to him through open-source means.[164] It is unclear whether Witness 4 was challenged on this evidence, or how it could be consistent with what is seen in the April 19, 2013 email regarding "Security Concerns - National Energy Board".

---

[161] *Ex Parte* Summary at paras 25-26.
[162] *Ex Parte* Summary at paras 27, 29-31; Email of T. O'Neil to R. Garber and 23 other recipients re "Security Concerns - National Energy Board," dated April 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000014-15].
[163] *Ex Parte* Summary at para. 32.
[164] *Ex Parte* Summary at para. 34-35.

III - ISSUES TO BE DETERMINED

143. The parties have agreed that the following four questions are before the Committee for investigation and decision:

a) Did the Service collect information about groups or individuals for their activities in relation to the Northern Gateway Pipeline Project?

b) If so, was that collection lawful?

c) Did the Service provide information relating to individuals or groups opposed to the Northern Gateway Pipeline Project to the National Energy Board or non-governmental members of the petroleum industry?

d) If so, was it lawful to provide this information?

IV - ARGUMENT

144. The complainant BCCLA sets out its submissions in three sections below. Part A provides an overview of CSIS legal authority under the *CSIS Act* to collect and share information. Part B sets out BCCLA's factual and legal arguments concerning the collection of information about groups or individuals, and whether such collection was lawful. BCCLA will submit that CSIS did collect such information, and this collection was outside the authority of the *CSIS Act* and created a chilling effect that inhibited groups and individuals from exercising fundamental freedoms protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Part C argues that the *CSIS Act* strictly limits the power of CSIS to share information it has collected, and does not authorize in any circumstances sharing information with private sector actors.

145. Finally, BCCLA submits in Part D below that the statutory requirement that SIRC hearings be held in private should not prohibit witnesses or the complainant from publicly disclosing that information.

A. The *CSIS Act*

(i) Statutory Authority to Collect Information

146. CSIS officials are not peace officers and, unlike the police, possess no common law powers to conduct investigations.[165] Their legal authority to investigate - or otherwise collect information - is bound strictly by statute. This power resides primarily[166] in section 12 of the *CSIS Act*, which provides that:

> The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

147. The Supreme Court of Canada has described the "reasonable grounds to suspect" standard as something more than a hunch or generalized suspicion. To be reasonable for the purposes of section 12 of the *Act*, the suspicion that a person or group is a threat to the security of Canada must have an "objective, particularized basis", founded on "objectively discernible facts".[167]

148. Further, the Service's mandate under section 12 of the *CSIS Act* to collect information regarding threats to the security of Canada is limited "to the extent that it is strictly necessary". The McDonald Commission recommended this statutory restriction to the activities of Canada's proposed new security agency because it

---

[165] *R v Ahmad*, [2009] OJ No. 6153 (ONSC) at para. 7; and *Canada (Attorney General) v Almalki*, 2011 FCA 199, at para. 20

[166] CSIS can collect information under sections 13, 14, and 15 of the *CSIS Act*, but those provisions are not relevant to the present matter, as they relate to security assessments and advice to ministers relating to their obligations under the *Citizenship Act* or the *Immigration and Refugee Protection Act*, and investigations in relation thereto. Similarly, section 16 provides for the collection of information concerning foreign states and persons.

[167] *R v Chehil*, 2013 SCC 49 at paras. 29-30 and 47. Also see *Re Mahjoub*, 2013 FC 1096 at paras 30-31 and 35.

> ... would make it more likely that those who direct and carry out security work will keep in mind the danger to liberty which can result from an overly expansive interpretation of the security intelligence agency's mandate.[168]

149. The phrase "threats to the security of Canada" found in section 12 is defined in section 2 of the *Act* to mean:

> (a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage;
>
> (b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person;
>
> (c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state; and
>
> (d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,
>
> but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

150. The exemption for lawful advocacy, protest and dissent is a crucial protection that enshrines the serious concerns that were articulated by the McDonald Commission and which led to the creation of CSIS. As the Commission observed, "all manner of questionable activities encroaching on civil liberties may be perpetrated on the citizens and residents of a country in the name of national security." [169]

(ii) Statutory Authority to Share Information

151. The *CSIS Act* authorizes the Service to collect information in order to "report to and advise the Government of Canada" regarding threats to the security of Canada.

---

[168] Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP, Second Report - Vol. 1, "Freedom and Security under the Law" (Aug. 1981) [McDonald Commission, 2nd Report] at 443.
[169] McDonald Commission, 2nd Report at 39.

This general authority in section 12 of the *CSIS Act* is expanded in section 19 of the *Act*, which reads as follows:

> Authorized disclosure of information
>
> 19(1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.
>
> (2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,
>
> > (a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;
> >
> > (b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;
> >
> > (c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or
> >
> > (d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

152. The general authority to disclose information "for the purposes of the performance of its duties and functions under this *Act*" relates to CSIS' primary collection and reporting duties under section 12 of the *Act*, as well its security assessment and advisory functions in sections 13 and 14. Importantly, other disclosures under section 19 of the *Act* are limited to peace officers or federal Ministers or other persons in the federal public administration.

153. Arguably, the NEB is not captured under paragraph 19(2)(d) of the *CSIS Act*, as it is established as an independent, arms-length administrative tribunal that is

separate from the core federal public administration.[170] This would mean CSIS is not authorized to disclose information to the Board. More clearly, however, the *CSIS Act* does not contemplate the Service disclosing information to private actors such as companies in the petroleum industry.

B. Collection of Information about Groups or Individuals in Relation to Northern Gateway Pipeline Project

(i) Information was collected in some manner by CSIS

154. Documents obtained under *ATIA* would appear to leave little doubt that CSIS collected information, "by information or otherwise", concerning groups and/or individuals opposed to the Northern Gateway Pipeline Project. These documents emanate from three sources: the National Energy Board, the RCMP and CSIS itself. These documents will be addressed briefly in turn.

155. Internal NEB emails and memos refer to consultations with CSIS "at national and regional levels" regarding potential or perceived threats to the NEB hearings into the Northern Gateway Pipeline. The documents indicate that NEB security would continue monitoring all sources of information "together with police and intelligence partners." BCCLA submits that the NEB emails demonstrate that CSIS "at national and regional levels" was communicating information to the NEB, and would continue "monitoring" those perceived threats as the Board's "intelligence partner".[171]

156. A member of the RCMP's Critical Infrastructure Intelligence Team ("CIIT") wrote to NEB staff and at least one CSIS official, [redacted] on April 19, 2013, regarding the risk of interference with the Board's hearings by groups opposed to oilsands and pipeline development. The RCMP officer further advises that the CIIT

---

[170] *National Energy Board Act*, RSC 1985, c N-7, section 3.
[171] Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38].

"will continue to monitor all aspects of the anti-petroleum industry movement", and confirms that it will share this information with CSIS.[172] BCCLA submits that, even if this information is only passively received by CSIS from the RCMP, it still constitutes "collection" for the purposes of section 12 of the *CSIS Act*.

157. Finally, two memos by CSIS Assistant Director Tom Venner provide briefing information for the CSIS director on "protests", "opposition" and "discontent" associated with the Northern Gateway Pipeline, and the pending federal government policy decision to approve or reject the project. Clearly, Mr Venner and CSIS collected this information from somewhere, and as such the collection activity fell under section 12 of the *CSIS Act*.[173]

158. It is acknowledged that none of the witnesses called by BCCLA could testify that they were aware of any CSIS surveillance or monitoring of their groups' activities. This is not unusual, as CSIS investigations are generally carried out covertly, with the subjects never being aware they were targeted in this way. However, all of the groups - Leadnow, Sierra Club BC, ForestEthics, and Dogwood Initative - were mentioned in some of the *ATIA* documents. Moreover, it is evident that CSIS officials were copied, or likely copied, on these documents.

159. BCCLA submits that there may be some initial onus or burden on a complainant under section 41 of the *CSIS Act* to show that the Service has engaged in the impugned conduct. However, this onus must be understood in the unique context of a security intelligence agency that necessarily carries out its activities in secret, and a statutory complaint process that does not permit discovery and contemplates a proceeding that is largely conducted *ex parte*. Under the circumstances, the BCCLA

---

[172] Email of T. O'Neil to R. Garber and 23 other recipients re "Security Concerns - National Energy Board," dated April 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000014-15].
[173] Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 9, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5]; Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 19, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5].

submits that it must simply put forward evidence from which it could be inferred that there is a reasonable possibility that CSIS has engaged in the impugned conduct.[174]

160. From the summary provided, it is impossible to discern the specific evidence heard by SIRC *ex parte*. It appears that there was some direct evidence as to whether or not any of the groups, or individuals associated with the groups, were ever CSIS targets or considered a threat by CSIS.[175] However, the answer to that particular question cannot be disclosed to the complainant in this process. The CSIS *ex parte* witnesses do refer to some of the *ATIA* documents, and apparently some additional context was provided to the Committee.[176] There is no suggestion in the *ex parte* summary that CSIS denies the validity of the information in the *ATIA* documents.

161. Based on all the foregoing, BCCLA submits that CSIS did not deny the authenticity of the *ATIA* documents that refer to consultations with or briefings by CSIS regarding groups opposed to the Northern Gateway project. There is no doubt CSIS was in some way gathering information on these groups, although the extent and scope of those information gathering activities cannot be known from the publicly available evidence.

(ii) Collection of information was contrary to the *CSIS Act*

162. BCCLA submits that CSIS did not have reasonable grounds to suspect that any of the groups constituted a threat to the security of Canada. Witnesses from the groups testified about the nature of their expressive and associational activities. They have not had any problems with police, and it has never been suggested that they have been involved in any type of unlawful activity. Moreover, the *ATIA* documents

---

[174] *Hewitt and Harman v United Kingdom*, (1992) 14 EHRR 657 (1989) at paras 1, 32. This case involved a complaint against the British Secret Service (MI5) for surveilling members of the National Council of Civil Liberties. The European Commission concluded that, "in the area of secret measures", a lowered standard of proof was appropriate.
[175] *Ex Parte* Summary at paras. 7-8, 18, and 34-35.
[176] *Ex Parte* Summary at paras. 18, 23, 27 and 29-31.

indicate that neither the RCMP nor CSIS believed these groups were doing anything other than exercising their rights to lawful advocacy, protest and dissent.[177]

163. Four categories are enumerated under the definition of "threats to the security of Canada" in section 2 of the *CSIS Act*, only one of which is arguably applicable in the present case, namely (c) - activities directed toward or in support of threat or use of serious violence for the purpose of achieving a political or ideological objective. However, there was no suggestion that any of the groups were involved in any sort of unlawful activity, not to mention "serious violence". Indeed, the evidence was clear that all of these groups eschew acts of civil disobedience, although there is a longstanding tradition of civil disobedience as an act of protest.[178]

164. Based on all the foregoing, there is not a shred of evidence that any of the groups or individuals engaged in any activity that could be construed as falling within the definition of "threats to the security of Canada". CSIS' collection of information about these groups, "by investigation or otherwise", is consequently not in accordance with section 12 of the *CSIS Act*.

(iii) Collection of information was contrary to the *Charter*

165. SIRC's statutory mandate is to investigate complaints and review the manner in which CSIS performs its functions, so as to ensure that the Service conducts its activities in accordance with the law, including both the *CSIS Act* and the *Charter*. The Federal Court has repeatedly confirmed that in order to fulfil this mandate, SIRC must consider and decide questions of law, including *Charter* issues.[179]

---

[177] Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38].
[178] Paterson Evidence at 90-91; Trojand Evidence at 18-23; Dance-Bennink Evidence at 61-64; Minutes of Civil Disobedience Meeting, dated February 20, 2013 [Exhibit C-2, Tab 24]; Memo re Dogwood Initiative Policy on Civil Disobedience, dated July 24, 2015 [Exhibit C-3, Tab 5]; Vernon Evidence at 159-160; Sierra Club BC Statement on Civil Disobedience [Exhibit C-1, Tab 4 at 000035]; Biggar Evidence at 126, 132; Skuce Evidence at 229-230.
[179] *Canada v Telbani*, 2012 FC 474 at paras 90-94, 104-105, 119, 133, 147, 160; *Mikail v Canada (Attorney General)*, 2012 FC 940 at paras 26-27, 34.

166. The Service's fundamental purpose is to help secure Canadian democracy - essential ingredients of which are the freedom to engage in debate and express dissent about public affairs.[180] Significantly, these foundational rights were recognized as fundamental freedoms well before they were formally enshrined in the *Charter*. Indeed, the Supreme Court of Canada held in 1957 that:

> The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.[181]

167. In *Harper v Canada*, the Supreme Court affirmed that political expression lies at the core of the *Charter*'s free expression guarantee, and that the right of citizens to hold and express views not espoused by political parties or government officials is essential to the effective debate upon which our democracy rests.[182] The Supreme Court has held that police should not target people as potential suspects solely because they hold or express certain political views.[183]

168. The Supreme Court has also cautioned against ignoring or underrating the risk of state actions which might impose a "chill" upon the speech of persons who may otherwise exercise their freedom of expression.[184] In particular, courts have cautioned that the "spectre" of scrutiny by law enforcement or other government action can effect a "chill," *even unintended*, on the freedom of expression and the right to criticize government conduct.[185]

---

[180] McDonald Commission, 2nd Report at 43.
[181] *Switzman v Elbling*, [1957] 2 SCR 285 at 326, as cited in McDonald Commission, 2nd Report at 46; also cited in *RWDSU v Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 SCR 573 at para. 584-586.
[182] *Harper v Canada (Attorney General)*, [2004] 1 SCR 827 at paras 1, 21, 41 (McLachlin CJ and Major J, dissenting on other grounds). See also: *Edmonton Journal v Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 SCR 1326 at 1336; *UFCW Local 1518 v K-Mart Canada Ltd*, [1999] 2 SCR 1083 at paras 21-23; *Irwin Toy Ltd v Quebec*, [1989] 1 SCR 927 at 968-969.
[183] *R v Khawaja*, [2012] 3 SCR 555 at para. 83.
[184] See, e.g. *R v National Post*, [2010] 1 SCR 477 at paras 122-123; *R v Zundel*, [1992] 2 SCR 731 at 777-778.
[185] See., e.g., *O'Neill v Canada (Attorney General)* (2006) 82 OR (3d) 241 (ON SC) at paras 158-159; *Dixon v Powell River (City)*, 2009 BCSC 406 at paras 46-47.

169. In the security intelligence context, the McDonald Commission cautioned that:

> The right of democratic dissent requires that the advocacy of unpopular ideas not be confused with attempts to subvert democracy. [...] If citizens who exercise this freedom have their activities noted in secret security dossiers to be used against them by the state, the enjoyment of such freedom is imperiled.
>
> Those who are responsible for carrying out Canada's security measures must constantly bear in mind that the right to dissent is a constitutional requirement in Canada.[186]

170. The Commission was very clear that exercising the constitutional right to dissent "must not become an invitation to be spied upon by state security agencies."[187] To this end, the Commission was particularly concerned that subversion be very carefully defined, for "if it is used loosely so as to embrace the legitimate political dissent which is the lifeblood of a vibrant liberal democracy, the gathering and dissemination of security intelligence will impair rather than secure Canadian democracy."[188] According to the McDonald Commission:

> The key element in the subversive activity which is a *proper* subject of security intelligence activity is the attempt to undermine or attach through violence or unlawful means, the basic values, processes, and structures of domestic government in Canada. Using legal means to advocate radical change in social practices or economic relationships, or in the Canadian Constitution, must not be considered a subversive activity. Strong dissent from the *status quo* is not a category of activity about which security intelligence should be collected.[189]

171. Courts have echoed this concern, noting that CSIS investigators must be aware of the difference between subversion and lawful advocacy, dissent, or protest. In *Shandi (Re)*, Justice Cullen concluded:

> [S]ubversive acts are not difficult to distinguish from acts of protest that should not be subject to investigations. For example, if funds are raised or guns sent to the IRA from

---

[186] McDonald Commission, 2nd Report at 46.
[187] *Ibid.* at 47.
[188] *Ibid.* at 416.
[189] *Ibid.* at 416-417.

> Canada, is that not clearly subversion? However, vocal comment or written treaties on the "Struggle" are clearly protected under the *Charter*.[190]

172. Unfortunately, the Service's history with respect to social and political activists is one of undue and profoundly damaging suspicion. As explained by Professor Whitaker, for most of Canada's history, there was no clear demarcation between legitimate and illegitimate targets for investigation of threats to the security of Canada. CSIS was created in large part to address the problems of improper targeting in security investigations by the RCMP security service.[191]

173. SIRC reports from the early years of CSIS confirm Professor Whitaker's evidence that the creation of CSIS did not fully resolve these problems. In a special report by SIRC on CSIS' use of its investigative powers with respect to trade unions, the Committee observed that it had "no doubt" that information made public about such activities "has had a chilling effect on normal relations within the labour movement." Commenting on CSIS retention and use of extensive RCMP files on unions, SIRC noted that RCMP and CSIS "have had an interest in left-of-centre activities... that has had more to do with attitudes of mind than provisions of the law."[192]

174. In its *Report on CSIS Activities Regarding the Canadian Peace Movement*, SIRC similarly found that the Service "has not proven that it can appropriately distinguish between legitimate dissent or lawful advocacy and 'activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada.'"[193] The Committee also cautioned the Service against discounting peace groups or activists as being "second generation front groups," emphasizing that this presumption "short-changed" Canadians by precluding government from "recognizing aims which are reasonable to consider in developing Canada's foreign policy initiatives and

---

[190] *Shandi (Re)*, [1991] FCJ No. 1319 (TD) at 9. Also cited in *Qu v Canada*, [2000] 4 FCR 71 (FC) at para. 36.
[191] Whitaker Affidavit at paras. 2, 4, 28-31.
[192] Security Intelligence Review Committee, *Section 54 Report to the Solicitor General of Canada on CSIS' Use of its Investigative Powers with Respect to the Labour Movement* (25 March 1988) at 1 and 17 for quotes.
[193] Security Intelligence Review Committee, *Report on CSIS Activities Regarding the Canadian Peace Movement* ["SIRC Report 89/90-03"] at 228.

international stance on peace [...] issues" and preventing the views of those with "consistently displayed genuine and honest commitments" from gaining respectability as legitimate components of the Canadian political spectrum.[194]

175. This is the legal and historical context in which this complaint must be investigated and considered. Reference in the *ATIA* documents to the need by the RCMP and CSIS "to monitor all aspects of the anti-petroleum industry movement" certainly implies a negative attitude or bias of certain officials towards environmentalists and others who are opposed to the Northern Gateway project. There is certainly no suggestion that this monitoring is necessary or helpful to promote or facilitate the democratic participation of these groups in the NEB process.

176. The fact that CSIS collects intelligence and participates in briefings with the NEB and private sector "stakeholders" in the petroleum industry to discuss "challenges to energy projects by environmental groups," namely protests, can lead to the inference that CSIS views the goals of Enbridge and other companies as more legitimate than environmental and other civil society groups.[195] This suggests that the "anti-left bias" towards those who challenge the economic or political *status quo* in Canada - previously identified by the McDonald Commission, Professor Whitaker, and even SIRC - persists among some CSIS officials.[196]

177. Internal CSIS memos indicated that the Service was also helping to brief the federal government on how to respond to protests associated with resource and energy development. Importantly, these memos expressly refer to the Northern Gateway pipeline project as "a touchstone for opposition to oil sands development."

---

[194] *Ibid.* at 186-187 and 199.
[195] Vernon Evidence at 182; Skuce Evidence at 224-226.
[196] Whitaker Affidavit at paras 3-4, 10 and 38-40; Security Intelligence Review Committee, *Section 54 Report to the Solicitor General of Canada on CSIS' Use of its Investigative Powers with Respect to the Labour Movement* (25 March 1988) at 17; SIRC Report 89/90-03" at 228.

One of the memos provided detailed (but redacted) assessments on potential outcomes for the "Northern Gateway Pipeline Decision".[197]

178. The witnesses called by BCCLA demonstrated that the groups at issue were not involved in anything remotely like criminal activity, and some were even circumspect about overt protest activity or demonstrations.[198] The *ATIA* documents confirmed that the groups were not suspected of any criminal activity, and were planning only to express their opinions to decision-makers and the public at large.[199] In light of this evidence, and the historical context of concerns about CSIS and previously the RCMP improperly targeting groups for legitimate protest and dissent, the BCCLA submits that SIRC should be deeply concerned about the *ATIA* documents which disclose repeated references to CSIS consulting or briefing on groups opposed to the Northern Gateway pipeline.

179. SIRC's concerns should be heightened given the "open letter" issued by then-Minister of Natural Resources, Joe Oliver, referring to "environmental and other radical groups" that threaten to "hijack" the regulatory system to achieve a "radical ideological agenda" that will "undermine Canada's national economic interest."[200] CSIS witnesses seemed relatively blasé about Minister Oliver's letter, and attempted to dissociate the Service from the Minister's comments.[201] BCCLA submits that the attitude of CSIS witnesses towards Minister Oliver's letter reflects a surprising lack of awareness or sensitivity to legitimate concerns the public may have that there is a

---

[197] Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 9, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5]; and Memorandum to the Director from Assistant Director Tom Venner re Meeting of the Deputy Ministers' Committee on Resources and Energy, June 19, 2014 [Exhibit C-1, Tab 5].

[198] Paterson Evidence at 90-91; Trojand Evidence at 18-23; Dance-Bennink Evidence at 61-64; Minutes of Civil Disobedience Meeting, dated February 20, 2013 [Exhibit C-2, Tab 24]; Memo re Dogwood Initiative Policy on Civil Disobedience, dated July 24, 2015 [Exhibit C-3, Tab 5]; Vernon Evidence at 159-160; Sierra Club BC Statement on Civil Disobedience [Exhibit C-1, Tab 4 at 000035]; Biggar Evidence at 126, 132; Skuce Evidence at 229-230.

[199] Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38].

[200] Open Letter from the Hon. Joe Oliver, Minister of Natural Resources, dated January 9, 2012 [Exhibit C-3, Tab 7].

[201] Robert Evidence at 265-268; and *Ex Parte* Summary at para. 24.

connection between comments by a federal Cabinet minister and internal government documents that show CSIS is consulting or briefing on groups opposed to the Northern Gateway project.[202] As the McDonald Commission observed,

> The modern history of western democracies has revealed that there is a danger of secret intelligence agencies being used by the government of the day for narrowly partisan purposes...[203]

180. Since CSIS carries out its activities in secret, and CSIS has not commented publicly about its interest in groups opposed to the pipeline, there is a reasonable fear that CSIS's extraordinary powers could be used to target groups or individuals that were characterized as having a "radical ideological agenda" by a federal Cabinet minister. This has resulted in a very real chilling effect on the groups, making them more cautious about their activities and comments and how their staff and members communicated with each other. [204] It has even deterred some from becoming involved or supporting the groups.

181. For example, Leadnow's Jamie Biggar testified that, because they did not know the scope of the surveillance or intelligence gathering being conducted, Leadnow staff lost confidence in their privacy and came to assume their devices could be monitored and recorded, and thus should be treated as though they were open to government, security agencies, and potentially the oil industry.[205] Mr Biggar expressed Leadnow's concerns as follows:

> *Within the broader community, it was an important step [...] on the road, starting with Joe Oliver's targeting of us, to a deep concern by many members of the community [...] which shows up in our inbox, which shows up in Facebook comments, which shows up in conversations with organizers and potential volunteers, a concern that if people participate, they will end up on some kind of a list, that the*

---

[202] Trojand Evidence at 56-57; Biggar Evidence at 133-134, 136, 139-140; Skuce Evidence at 213-216, 222-224; Vernon Evidence at 171.
[203] McDonald Commission, 2nd Report at 841.
[204] Trojand Evidence at 45-47; Biggar Evidence at 136; Skuce Evidence at 216-219, 226; Vernon Evidence at 164-171
[205] Biggar Evidence at 136.

> *government is hostile to them and to their attempts to express themselves, and all of that has had a "chill" effect on their participation.*
>
> *[...]*
>
> *[I]t has removed a sense of privacy from the organization itself and pushed us into a position where we simply assume that we are being surveilled at all times [...] and it has, frankly, scared a lot of our membership and made them concerned that if they participate in normal peaceful democratic channels, particularly through us, they may end up on a list and that their information may be used improperly or in some way used against them.* [206]

182. Other witnesses testified similarly to the chill placed on their groups by Minister Oliver's comments and the revelations about CSIS' interest in groups following the NEB hearings. Ms Trojand from Dogwood testified about the number of calls from staff and supporters expressing concern, and problems with individuals refusing to sign up as they were worried they would be placed "on a government list". Dogwood's staff and volunteers became concerned that their communications were being monitored and perhaps there were informants in their midst.[207] One experienced volunteer testified to feeling "paranoid" and intimidated when she noticed a man photographing her and other canvassers at a festival. There was no evidence that this photographer worked for CSIS or another agency, but it demonstrates the chilling effect at work.[208]

183. Ms Skuce from ForestEthics acknowledged that media reports about CSIS monitoring groups opposing the Northern Gateway project caused a chill in the organization, prompting second-guessing with questions like:

> *Are we allowed to do that? Is this okay? Can we still have a rally? Can we say this? Is that crossing the line? Could our words be taken out of context? And who knows, now that we are labelled, that we are being spied on...*[209]

184. From a personal perspective, Ms Skuce testified that as someone whose partner is from Argentina and whose family were lucky to escape persecution for having

---

[206] Biggar Evidence at 137-138.
[207] Trojand Evidence at 45-47; Dance-Bennink Evidence at 77-83
[208] Dance-Bennink Evidence at 79-81
[209] Skuce Evidence at 216-218.

different political beliefs, labelling people as "enemies" or "radicals" and monitoring those who express dissent caused a great deal of discomfort, stress, and sleepless nights.[210]

185. BCCLA submits that the above evidence clearly establishes that there was in fact a chilling effect on groups and individuals that were engaged in lawful advocacy and protest activities, and who dissented from the preferred policies of the government of the day. This chilling effect was caused by the media reports about CSIS consultations and briefings on groups opposed to the Northern Gateway project, in combination with then-Minister Oliver's ill-considered rhetorical attacks on groups opposed to government policy.

186. These lawful advocacy and protest activities engage the right to freedom of expression, among the most fundamental of rights possessed by Canadians. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees protection for freedom of expression under section 2 of the *Charter* along with historically powerful modes of collective expression, namely peaceful assembly and association.

187. Protecting democratic discourse and participation in decision-making is a core rationale for these freedoms. The Supreme Court of Canada has repeatedly emphasized the paramount importance of free expression to Canadian society. As Chief Justice McLachlin stated in *Grant v Torstar Corp*, "free expression is essential to the proper functioning of democratic governance." For this reason, "freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged" because the truth-seeking function of public debate is dependent on the free flow of information and expression of diverse opinions.[211]

---

[210] Skuce Evidence at 216-217.
[211] *Grant v Torstar Corp*, 2009 SCC 61 at paras 48 and 52.

188. Any state action that discourages or deters individuals from engaging in free expression infringes subsection 2(b) of the *Charter*. Such infringements are particularly egregious where they restrict expression concerning public affairs.

189. BCCLA maintains that monitoring, surveillance, and information sharing with other government agencies and private sector interests creates a chilling effect for groups and individuals who may wish to engage in public discourse or participate in proceedings before the Board. The evidence in this complaint established that CSIS "monitoring" of groups opposed to the Northern Gateway pipeline project resulted in a chilling effect to expression, association and assembly, and thus violated sections 2(b), 2(c) and (d) of the *Charter*.[212]

190. BCCLA also notes that individuals and groups have a reasonable expectation of privacy in meeting to discuss matters of public interest or planning ways of lawfully exercising their *Charter*-protected assembly and expression rights. If CSIS is involved in infiltrating these groups or is otherwise relying on confidential informants or covert intelligence gathering, then an inquiry must also be conducted into whether such activities amount to an unreasonable search in violation of section 8 of the *Charter*.[213]

C. Information Sharing with NEB and Private Sector Actors

191. BCCLA maintains that the Service's practice of sharing information with the NEB and private sector actors is beyond its mandate under the *CSIS Act*. The facts in the present complaint clearly demonstrate that the Service's actions in relation to citizens and groups engaging in peaceful and lawful expressive activities have gone beyond merely collecting intelligence information under section 12 of the *Act*, and

---

[212] *R v Khawaja*, [2012] 3 SCR 555.

[213] See, e.g., National Energy Board, "Appendix 11: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Prince Rupert," dated January 23, 2013, [Exhibit C-1, Tab 4 at 000080-81, 000084], which contains information about events around the Kelowna hearings, including the January 27, 2013 workshop presented by Leadnow and Dogwood. Also see: Emails dated January 18-21, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000087-93]; Emails dated December 20, 2012 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000120].

instead include sharing this information with the NEB and private companies regarded as "stakeholders" in the energy sector.

192. The *ATIA* documents giving rise to the complaint strongly imply that the biannual "NRCan Classified Briefings" convened by Natural Resources Canada involved CSIS and the RCMP sharing intelligence information, including information about "challenges to energy projects by environmental groups" with the NEB and private sector representatives of the energy industry.[214]

193. BCCLA's concerns in this regard were confirmed by the evidence of the Service's witnesses. Robert testified that the NRCan Classified Briefings are held "to discuss threat-related activities of mutual interest,"[215] and acknowledged that the Service shares information with private sector corporations at these meetings, in his view under the authority of sections 12 and/or 19(2) of the *Act* and for purposes of protecting critical infrastructure.[216]

194. The Service's evidence from the *Ex Parte* Summary confirms that the NRCan Classified Briefings are used by the service "to share classified information with energy sector stakeholders" including the NEB and private sector representatives.[217]

195. Despite Robert's suggestion that the "give-to-get" principle justifies sharing intelligence information as part of the Service's mandate to collect information under section 12 of the *Act*,[218] there is simply no legal basis for this assertion. Although Robert testified that SIRC has previously reviewed and, in a classified report, expressed support for the Service's information sharing practices with the private

---

[214] Matthew Millar, "Harper government's extensive spying on anti-oilsands groups revealed in FOIs," *The Vancouver Observer*, November 19, 2013 [Exhibit C-1, Tab 9]; Matthew Millar, "Harper government officials, spies meet with energy industry in Ottawa," *The Vancouver Observer*, November 22, 2013 [Exhibit C-1, Tab 12].
[215] Robert Evidence at 254.
[216] Robert Evidence at 319-321.
[217] *Ex Parte* Summary at paras 16-17, 19.
[218] Robert Evidence at 250-254, 319-322.

sector,[219] the Committee's public reports express serious concerns with such practices. As the Committee wrote in its 2010-2011 *Annual Report*:

> Although SIRC regularly examines CSIS's relationships with domestic and foreign counterparts and other public sector partners, we chose for the first time to take an in-depth look at CSIS's cooperation with the private sector. The review concluded that, despite the impetus towards greater cooperation with the private sector, especially with the owners and operators of some of the nation's critical infrastructure, there are significant legal and practical limitations on the Service's ability to work closely with the private sector.[220]
>
> [T] here are limitations on CSIS working more closely with the private sector because of the strict laws that govern official information-sharing. The *CSIS Act* does not authorize disclosure of information collected by the Service to non-traditional or non-governmental partners, such as private sector organizations. Section 12 of the *CSIS Act* limits CSIS's responsibility to report to and advise the Government of Canada on national security threats. Although operational policies have been developed to govern information-sharing with the private sector, the policies are appropriately restrictive and provide strict parameters for what information can be shared.[221]

196. As the Review Committee rightly observed, the *CSIS Act* prohibits disclosure of information collected by the Service, except where permitted under section 19 of the *Act*. However, section 19 expressly limits any such disclosures to law enforcement agencies or other government ministers or persons in the federal public administration, as authorized by the Minister of Public Safety. BCCLA submits none of these provisions permit sharing of information with private sector parties in the energy industry, as the Service acknowledges doing through the NRCan Classified Briefings and other "outreach" events with "energy stakeholders."[222]

197. As a statutory tribunal established to be independent and at arms-length from government, the *CSIS Act* similarly prohibits disclosure of information obtained by the Service to the National Energy Board. Nevertheless, the evidence was clear and uncontested that the Service had indeed shared intelligence information with the NEB, both through participation in the NRCan Classified Briefings and by providing

---

[219] Robert Evidence at 253-254.
[220] Security Intelligence Review Committee, *Annual Report 2010-2011: Checks and Balances* (2011) at 7.
[221] *Ibid.* at 15.
[222] *Ex Parte* Summary at para 19.

specific intelligence assessments to the Board, including not only operational and security staff, but also the tribunal members who were considering the Northern Gateway proposal.[223] BCCLA maintains that such intelligence and information sharing with an independent, arms-length tribunal is not permitted under the *CSIS Act*.

D. Direction Respecting Section 48 of the *CSIS Act*

198. In addition to the foregoing, BCCLA wishes to raise with the Chair an issue that arose during the Committee's *in camera* hearing in this matter. Specifically, BCCLA makes the following submissions, and seeks a formal ruling from the Committee regarding the interpretation and application of section 48 of the *CSIS Act* in respect of the evidence of witnesses called on behalf of BCCLA during the *in camera* portion of the hearing, as well as the BCCLA's final submissions on the complaint.

199. At the outset of the hearing, counsel for the Service expressed concern that providing recaps or summaries of the Committee's proceedings would contravene section 48 of the *CSIS Act*, which provides:

> (1) Every investigation of a complaint under this Part by the Review Committee shall be conducted *in private*.
>
> (2) In the course of an investigation of a complaint under this Part by the Review Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by *any other person*.

200. Following a preliminary discussion, the presiding member advised that he "would not be comfortable, to say the least, if there were a summary of the evidence

[223] *Ex Parte* Summary at para. 18; Email of R. Garber re Prince Rupert security assessment, dated January 31, 2013 [Exhibit C-1, Tab 4 at 000037-38]; National Energy Board, "Appendix 9: Enbridge Northern Gateway Project Integrated Security, Logistics and Communications Plan: Kelowna," dated January 24, 2013, 12 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000061]; National Energy Board, "Appendix 11: Enbridge Northern Gateway Project Security Plan: Prince Rupert," dated January 23, 2013, 10 - Threat Assessment [Exhibit C-1, Tab 4 at 000077].

of the witnesses that are heard over the course of the next three days put out at-large to the media."[224] Mr Fortier subsequently clarified that his order applies to the actual evidence and testimony provided by individual witnesses, and confirmed that his order includes a restriction on witnesses speaking about their *own* evidence after they have testified.[225]

201. During the hearing, much of the discussion of this issue focussed on the "private" nature of the Review Committee's proceedings, as specified under subsection 48(1) of the *CSIS Act*. In our submission, statutory provisions requiring that hearings be conducted "in private" should not be interpreted as imposing a restriction on witnesses speaking publicly about their *own* evidence after they have testified.

202. In *Canada (Attorney General) v Canada (Information Commissioner)*, the Federal Court considered whether provisions of the *Access to Information Act* which required that investigations conducted by the Commissioner "shall be conducted in private" (in French, "*sont secrètes*") should be interpreted as to require witnesses and their counsel to maintain the confidentiality of the proceedings.[226] Recognizing Supreme Court of Canada's jurisprudence holding that statutory requirements to proceed "in private" do not necessarily prevent witnesses from consenting to disclosure of their statements, the Court held that:

> [A]ny blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance [...] would infringe that person's right to free expression guaranteed by paragraph 2(b) of the *Charter* in a fashion that could not be justified under section 1.[227]

203. In *Toronto Star Newspapers Ltd v Canada*, the Federal Court considered the nature of hearings which "shall be heard in private" under subsection 38.11(1) of the *Canada Evidence Act*. In that case, Chief Justice Lutfy concluded that closed hearings

---

[224] Transcript of SIRC proceedings, August 12, 2015 at 11.
[225] Transcript of SIRC proceedings, August 12, 2015 at 15.
[226] *Canada (Attorney General) v Canada (Information Commissioner)*, 2004 FC 431 at para. 143.
[227] *Ibid.* at para. 152 (citing *Lavigne v Canada (Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 SCR 773), para. 154 for quote.

unjustifiably infringe on the open court principle, and directed that the statutory provisions be read down to apply only to court sessions and court records when secret information is in play, such as during the *ex parte* portion of a hearing. In so finding, Justice Lutfy followed the Supreme Court of Canada's ruling in *Ruby v Canada* that a statutory provision that closes the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts is overbroad and must be read down such that it applies only to the *ex parte* portion of a hearing.[228]

204. BCCLA submits the jurisprudence makes clear that section 48 of the *CSIS Act* must not be interpreted or applied to preclude either the complainant or individual witnesses from publicly disclosing or commenting on the evidence or testimony given before the Committee. To the extent that section 48's requirement that hearings be conducted "in private" imposes any obligations of confidentiality, these limitations must be interpreted narrowly so as to apply only to ensure that sensitive Service information does not become public. BCCLA submits that the private nature of the hearing ensures that the Committee can make a binding order to protect any particularly sensitive information that is inadvertently disclosed during the hearing.

205. BCCLA notes the precise language of subsection 48(2), which provides that "no one is entitled as of right to... comment on representations made to the Review Committee by any *other* person." In our view, the language of subsection 48(2) affirms that any restriction imposed by that section pertains to representations made by any other party or person. It should not preclude BCCLA as a complainant from disclosing its own representations, its evidence, and its final submissions.

206. BCCLA submits that this interpretation comports with jurisprudence holding that any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony would infringe that person's right to

---

[228] *Toronto Star Newspapers Ltd v Canada*, 2007 FC 128 at paras 68-72, 77 and 82-84, citing *Ruby v Canada*, [2002] 4 SCR 3 at para. 59.

free expression guaranteed by paragraph 2(b) of the *Charter* in a fashion that could not be justified under section 1.[229]

207. Given all the foregoing, BCCLA requests the Committee to review and clarify its order regarding the scope and application of section 48 of the *CSIS Act* as it relates to the evidence of witnesses called on behalf of the BCCLA during the *in camera* portion of the hearing into this complaint. In particular, BCCLA asks the Committee to confirm that, consistent with their *Charter* rights, witnesses who appeared before it on August 12-13, 2015 are free to speak publicly about the evidence and testimony they provided during the *in camera* portion of the hearing, and BCCLA may, if it wishes, publicly disclose its submissions.

[229] *Canada (Attorney General) v Canada (Information Commissioner)*, 2004 FC 431 at para. 154.

V - CONCLUSION / RECOMMENDATIONS REQUESTED

208. At all relevant times, the Northern Gateway Pipeline was a policy proposal being debated vigorously by Canadians, partly in the context of proceedings before the National Energy Board. In the present case, the Committee heard evidence of robust advocacy by Canadian civil society groups expressing their opinions on the proposed pipeline project, and marshalling support for their views.

209. BCCLA submits that the evidence demonstrated that CSIS was collecting information about these groups, at least passively and perhaps actively. In the absence of evidence that these groups constituted a threat to the security of Canada, this collection was not authorized by section 12 of the *CSIS Act*. Worse, CSIS' collection activities, combined with intemperate language by a federal Cabinet minister criticizing environmental groups opposed to the pipeline policy as pushing a "radical ideological agenda", created a real chilling effect for groups and individuals that wished to organize and collectively express their opinions on the proposed pipeline. The sharing of this information in confidential briefings with private sector actors in the petroleum industry served to heighten the perception that CSIS was exercising its powers in support of the political or economic *status quo*.

210. The right to freely express one's views on social and political issues resides at the very heart of a democracy. Evidence that CSIS activities inhibited the expressive or associational activities of groups engaged in public debate on matters of legitimate public concern should be cause for concern by the Committee. BCCLA submits this complaint should be allowed, with appropriate recommendations to the Minister of Public Safety to develop policies and directives around CSIS monitoring of environmental groups and clearly prohibiting information sharing with private sector actors.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED.

Dated at Ottawa, this 19th day of September, 2016.

Paul Champ

Bijon Roy

CHAMP & ASSOCIATES
Barristers & Solicitors
Equity Chambers
43 Florence Street
Ottawa, ON K2P 0W6

T: 613-237-4740
F: 613-232-2680
E: pchamp@champlaw.ca
broy@champlaw.ca

Solicitors for the Complainant

SCHEDULE A - LIST OF AUTHORITIES

Statutes

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

Canadian Security Intelligence Service Act, RSC 1985, c.C-23

National Energy Board Act, RSC 1985, c N-7

Jurisprudence

Canada (Attorney General) v Almalki, 2011 FCA 199

Canada (Attorney General) v Canada (Information Commissioner), 2004 FC 431

Canada v Telbani, 2012 FC 474

Dixon v Powell River (City), 2009 BCSC 406

Grant v Torstar Corp, 2009 SCC 61

Harper v Canada (Attorney General), [2004] 1 SCR 827

Hewitt and Harman v United Kingdom, (1992) 14 EHRR 657

Irwin Toy Ltd v Quebec, [1989] 1 SCR 927

Mikail v Canada (Attorney General), 2012 FC 940

O'Neill v Canada (Attorney General) (2006) 82 OR (3d) 241 (ON SC)

Re Mahjoub, 2013 FC 1096

R v Ahmad, [2009] OJ No. 6153 (ONSC)

R v Chehil, 2013 SCC 49

R v Khawaja, [2012] 3 SCR 555

R v National Post, [2010] 1 SCR 477

R v Zundel, [1992] 2 SCR 731

RWDSU v Dolphin Delivery Ltd, [1986] 2 SCR 573

Shandi (Re), [1991] FCJ No. 1319 (TD)

Toronto Star Newspapers Ltd v Canada, 2007 FC 128

Reports

Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP, *Second Report - Vol. 1, "Freedom and Security under the Law"* (Aug. 1981)

Security Intelligence Review Committee, *Section 54 Report to the Solicitor General of Canada on CSIS' Use of its Investigative Powers with Respect to the Labour Movement* (25 March 1988)

Security Intelligence Review Committee, *Report on CSIS Activities Regarding the Canadian Peace Movement* (SIRC Report 89/90-03)

Security Intelligence Review Committee, *SIRC Annual Report 2010-2011: Checks and Balances* (2011)