

Jason George Hill *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board, Jack Loft, Andrea McLaughlin, Joseph Stewart, Ian Matthews and Terry Hill *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Association in Defence of the Wrongly Convicted, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, Canadian Police Association and Police Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: HILL v. HAMILTON-WENTWORTH REGIONAL POLICE SERVICES BOARD

Neutral citation: 2007 SCC 41.

File No.: 31227.

2006: November 10; 2007: October 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of care — Police investigation — Whether police owe duty of care to suspects in criminal investigations — If so, standard of care required by police investigating a suspect — Whether police officers' conduct in investigating suspect was negligent.

Police — Investigation — Negligence — Whether Canadian law recognizes tort of negligent investigation.

Jason George Hill *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth, Jack Loft, Andrea McLaughlin, Joseph Stewart, Ian Matthews et Terry Hill *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Association in Defence of the Wrongly Convicted, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : HILL c. COMMISSION DES SERVICES POLICIERS DE LA MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE HAMILTON-WENTWORTH

Référence neutre : 2007 CSC 41.

N° du greffe : 31227.

2006 : 10 novembre; 2007 : 4 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Enquête policière — Dans une enquête criminelle, le policier a-t-il une obligation de diligence envers un suspect? — Dans l'affirmative, à quelle norme de diligence le policier doit-il satisfaire lorsqu'il enquête sur un suspect? — Les policiers ont-ils fait preuve de négligence dans l'enquête relative au suspect?

Police — Enquête — Négligence — Le délit d'enquête négligente est-il reconnu en droit canadien?

H was investigated by the police, arrested, tried, wrongfully convicted, and ultimately acquitted after spending more than 20 months in jail for a crime he did not commit. Police officers suspected that H had committed 10 robberies. The evidence against H included a tip, a police officer's photo identification of H, eyewitness identifications, a potential sighting of H near the site of one of the robberies, and witness statements that the robber was aboriginal. During their investigation, the police released H's photo to the media. They also asked witnesses to identify the robber from a photo lineup consisting of H, who is an aboriginal person, and 11 similar-looking Caucasian foils. The police, however, also had information that two Hispanic men, one of whom looks like H, were the robbers. Two similar robberies occurred while H was in custody. H was charged with 10 counts of robbery but 9 charges were withdrawn before trial. Trial proceeded on the remaining charge because two eyewitnesses remained steadfast in their identifications of H. H was found guilty of robbery. He appealed and a new trial was ordered. H was acquitted at the second trial and brought a civil action that included a claim in negligence against the police based on the conduct of their investigation. The trial judge dismissed the claim in negligence and H appealed. The Court of Appeal unanimously recognized the tort of negligent investigation, however a majority of the court held that the police were not negligent in their investigation. In this Court, H appealed from the finding that the police were not negligent. The respondents cross-appealed from the finding that there is a tort of negligent investigation.

Held (Bastarache, Charron and Rothstein JJ. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The police are not immune from liability under the law of negligence and the tort of negligent investigation exists in Canada. Police officers owe a duty of care to suspects. Their conduct during an investigation should be measured against the standard of how a reasonable officer in like circumstances would have acted. Police officers may be accountable for harm resulting to a suspect if they fail to meet this standard. In this case, the police officers' conduct, considered in light of police practices at the time, meets the standard of a reasonable officer in similar circumstances and H's claim in negligence is not made out. [3] [74] [77]

H a fait l'objet d'une enquête policière. Il a été arrêté, jugé, puis déclaré coupable à tort, pour finalement être acquitté après plus de 20 mois d'incarcération pour un crime qu'il n'avait pas commis. Les policiers le soupçonnaient de 10 vols qualifiés. La preuve dont ils disposaient contre lui comprenait une dénonciation, l'identification par un policier à partir d'une photo, l'identification par des témoins oculaires, la possibilité qu'un policier ait aperçu H près du lieu de l'un des vols et la déposition d'un témoin selon lequel le voleur était autochtone. Au cours de l'enquête, les policiers ont transmis la photo de H aux médias. Ils ont également demandé aux témoins d'identifier le voleur à partir d'une série de photos — celles de H, un Autochtone, et de onze Blancs lui ressemblant. Or, ils avaient par ailleurs obtenu une information selon laquelle les voleurs étaient deux hommes d'origine hispanique, dont l'un ressemblait à H. Deux vols qualifiés ont été perpétrés de semblable manière pendant que H était sous les verrous. H a été inculpé de 10 vols qualifiés, mais 9 des accusations ont été retirées avant le procès. H a subi son procès pour l'accusation restante, car deux témoins oculaires affirmaient toujours le reconnaître. Il a été déclaré coupable de vol qualifié. Il a interjeté appel, et un nouveau procès a été ordonné. Acquitté à l'issue du deuxième procès, H a intenté une action au civil alléguant notamment la négligence des policiers lors de l'enquête. Le juge de première instance a rejeté l'action pour négligence, et H a porté sa décision en appel. Les juges de la Cour d'appel ont tous conclu à l'existence du délit d'enquête négligente. Cependant, la majorité d'entre eux ont statué que les policiers n'avaient pas fait preuve de négligence dans l'enquête, et H conteste cette conclusion devant notre Cour. Dans leur pourvoi incident, les intimés nient l'existence du délit d'enquête négligente.

Arrêt (les juges Bastarache, Charron et Rothstein sont dissidents quant au pourvoi incident) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Le policier n'est pas à l'abri de la responsabilité délictuelle, et le délit d'enquête négligente existe au Canada. Le policier a une obligation de diligence envers le suspect. Ses actes en cours d'enquête doivent être appréciés selon la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Il peut être tenu responsable du préjudice infligé au suspect s'il ne satisfait pas à cette norme. En l'espèce, les actes des policiers, au regard des pratiques policières de l'époque, satisfont à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation, et la négligence alléguée par H n'est pas établie. [3] [74] [77]

A person owes a duty of care to another person if the relationship between the two discloses sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care. In the very particular relationship between the police and a suspect under investigation, reasonable foreseeability is clearly made out because a negligent investigation may cause harm to the suspect. Establishing proximity generally involves examining factors such as the parties' expectations, representations, reliance and property or other interests. There is sufficient proximity between police officers and a particularized suspect under investigation to recognize a *prima facie* duty of care. The relationship is clearly personal, close and direct. A suspect has a critical personal interest in the conduct of an investigation. No other tort provides an adequate remedy for negligent police investigations. The tort is consistent with the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and fosters the public's interest in responding to failures of the justice system. [21] [24-25] [31-39]

No compelling policy reasons negate the duty of care. Investigating suspects does not require police officers to make quasi-judicial decisions as to legal guilt or innocence or to evaluate evidence according to legal standards. The discretion inherent in police work is not relevant to whether a duty of care arises, although it is relevant to the standard of care owed to a suspect. Police officers are not unlike other professionals who exercise levels of discretion in their work but who are subject to a duty of care. Recognizing a duty of care will not raise the reasonable and probable grounds standard required for certain police conduct such as arrest, prosecution, search and seizure. The record does not establish that recognizing the tort will change the behaviour of the police, cause officers to become unduly defensive or lead to a flood of litigation. The burden of proof on a plaintiff and a defendant's right of appeal provide safeguards against any risk that a plaintiff acquitted of a crime, but in fact guilty of the crime, may recover against an officer for negligent investigation. [50-51] [53] [55] [61-65]

The standard of care of a reasonable police officer in similar circumstances should be applied in a manner that gives due recognition to the discretion inherent in police investigation. Police officers may make minor

Une personne a envers autrui une obligation de diligence lorsque la relation révèle une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'exigence de la prévisibilité raisonnable est clairement remplie dans le cas de la relation très particulière qui existe entre le policier et le suspect sous enquête, car une enquête négligente peut causer un préjudice au suspect. La détermination d'un lien de proximité suppose généralement l'examen d'éléments comme les attentes des parties, les déclarations, la confiance, les biens en cause ou les autres intérêts en jeu. Il existe entre le policier et le suspect sous enquête un lien de proximité suffisant pour que soit reconnue une obligation de diligence *prima facie*. La relation est clairement personnelle, étroite et directe. Le suspect a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l'enquête. Aucun autre délit n'offre de réparation adéquate en cas d'enquête policière négligente. Le délit proposé est compatible avec les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* et défend l'intérêt public en remédiant aux ratés du système de justice. [21] [24-25] [31-39]

Aucune considération de politique générale ne justifie d'écarter l'obligation de diligence. Lorsqu'il enquête sur un suspect, le policier n'a pas à prendre de décisions quasi judiciaires quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'intéressé ni à soulever la preuve en fonction de normes juridiques. Le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier n'est pas pris en considération pour déterminer si l'obligation de diligence existe ou non, mais bien pour formuler la norme de diligence applicable à l'égard du suspect. Le policier n'est pas différent des autres professionnels qui, dans leur travail, jouissent d'un pouvoir discrétionnaire tout en ayant une obligation de diligence. L'imposition au policier d'une obligation de diligence n'aura pas pour effet de l'assujettir à une norme plus stricte que celle des motifs raisonnables et probables qui s'applique à certaines mesures policières telles que l'arrestation, l'inculpation, la fouille, la perquisition ou la saisie. Le dossier ne permet pas de conclure que la reconnaissance du délit proposé modifiera le comportement des policiers et les incitera à faire preuve de précaution excessive, ni qu'elle donnera lieu à d'innombrables poursuites. Le fardeau de la preuve du demandeur et le droit d'appel du défendeur constituent des garanties contre le risque qu'une personne acquittée d'un crime qu'elle a en fait commis poursuive les policiers pour enquête négligente et obtienne une indemnité. [50-51] [53] [55] [61-65]

La norme de diligence du policier raisonnable placée dans la même situation devrait s'appliquer de manière à bien reconnaître le pouvoir discrétionnaire inhérent à l'enquête policière. Le policier peut, sans enfreindre

errors or errors in judgment without breaching the standard. This standard is flexible, covers all aspects of investigatory police work, and is reinforced by the nature and importance of police investigations. [68-73]

To establish a cause of action for negligent police investigation, the plaintiff must show that he or she suffered compensable damage and a causal connection to a breach of the standard of care owed to him or her. Lawful pains and penalties imposed on a guilty person do not constitute compensable loss. The limitation period for negligent investigation begins to run when the cause of action is complete and the harmful consequences result. This occurs when it is clear that the suspect has suffered compensable harm. In this case, the limitation period did not start to run until H was acquitted of all charges of robbery. [90-98]

The respondents' conduct in relation to H, considered in light of police practices at the time, meets the standard of a reasonable officer in similar circumstances. The publication of H's photo, incomplete records of witness interviews, interviewing two witnesses together, and failing to blind-test photos are not good practices by today's standards but the evidence does not establish that a reasonable officer at the time would not have followed similar practices or that H would not have been charged and convicted if these incidents had not occurred. The trial judge accepted expert evidence that there were no rules governing photo lineups and a great deal of variation of practice at the time. It was established that the photo lineup's racial composition did not lead to unfairness. After H was arrested, credible evidence continued to support the charge against H and Crown prosecutors had assumed responsibility for the file. It has not been established that a reasonable police officer in either a supporting or a lead investigator's role, in the circumstances, would have intervened to halt the case. [74] [78-81] [86] [88]

Per Bastarache, Charron and Rothstein JJ. (dissenting on the cross-appeal): The tort of negligent investigation should not be recognized in Canada. A private duty of care owed by the police to suspects would necessarily conflict with an officer's overarching public duty to investigate crime and apprehend offenders. This alone defeats the claim that there is a relationship of proximity between the parties sufficient to give rise to

la norme, commettre des erreurs ou des écarts de jugement mineurs. Il s'agit d'une norme souple valant pour tous les aspects du travail d'enquête du policier, et tant la nature que l'importance des enquêtes policières confirment son application. [68-73]

L'existence d'une cause d'action pour enquête policière négligente repose sur la preuve d'un préjudice indemnisable et d'un lien de causalité avec l'inobservation de la norme de diligence applicable à son bénéficiaire. La peine ou la sanction légalement infligée à la personne déclarée coupable ne constitue pas un préjudice indemnisable. Le délai de prescription pour enquête négligente court dès que sont réunis tous les éléments de la cause d'action et que se manifestent les conséquences préjudiciables. Cela ne se produit que lorsqu'il est clair que le suspect a subi un préjudice indemnisable. Dans la présente affaire, le délai de prescription n'a commencé à courir que lorsque H a été acquitté de tous les chefs de vol qualifié. [90-98]

Les actes des intimés vis-à-vis de H, eu égard aux pratiques policières de l'époque, satisfont à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La publication de la photo de H, la consignation plus ou moins complète des interrogatoires des témoins, l'interrogatoire de deux témoins en présence l'un de l'autre et l'omission de confier à un policier désintéressé la tenue de la séance d'identification photographique constituent, eu égard aux exigences actuelles, des procédés inacceptables, mais la preuve n'établit pas qu'un policier raisonnable n'y aurait pas eu recours à l'époque, ni que H n'aurait pas été inculpé et déclaré coupable n'eût été ces mesures. Le juge de première instance a retenu le témoignage d'un expert selon lequel la tenue d'une séance d'identification photographique n'était alors soumis à aucune règle et la procédure suivie variait considérablement. Il a été établi que la composition raciale de la série de photos présentée n'a pas créé d'injustice. Après l'arrestation de H, une preuve digne de foi étayait toujours l'accusation portée contre lui, et le poursuivant avait pris le relais. Il n'a pas été démontré que, dans les circonstances, un policier raisonnable dirigeant l'enquête ou y participant serait intervenu pour que l'affaire soit mise en veilleuse. [74] [78-81] [86] [88]

Les juges Bastarache, Charron et Rothstein (dissidents quant au pourvoi incident) : Le délit d'enquête négligente ne devrait pas être reconnu au Canada. Si le policier se voyait imposer une obligation de diligence de droit privé envers le suspect, celle-ci entrerait nécessairement en conflit avec son devoir primordial envers le public d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants. Cette conséquence réfute à elle seule

a *prima facie* duty of care. Even if a *prima facie* duty of care were found to exist, that duty should be negated on residual policy grounds. The recognition of this tort would have significant consequences for other legal obligations and would detrimentally affect the legal system and society more generally. In light of the conclusion that the tort of negligent investigation is not available at common law, the action was properly dismissed by the courts below. [112-113] [187]

There is no question that the police owe a duty to the public to investigate crime. Determining whether this translates into a private duty owed to suspects under investigation requires examining reasonable foreseeability and proximity. The reasonable foreseeability requirement poses no barrier to finding a duty of care. A police investigator can readily foresee that a targeted suspect could be harmed as a result of the negligent conduct of an investigation. With respect to proximity, the analysis can usefully start with a search for analogous categories. This case does not fall directly or by analogy within any category of cases in which a duty of care has previously been recognized. The analogy made to victims of crime by the Court of Appeal does not hold. There is a crucial distinction between victims and suspects. Whereas a victim's interest is generally reconcilable with a police officer's duty to investigate crime, a suspect will always suffer some harm from being targeted in an investigation, even if ultimately exonerated. A suspect's interest in being left alone by the state is at odds with the fulfilment of the police officer's public duty to investigate crime. Outside Ontario, no court of common law jurisdiction has found a private law duty of care owed by police to suspects under investigation and in cases where the issue has arisen, courts have declined to recognize such a duty. Cases based on the *Civil Code of Québec* provide little assistance in deciding the present appeal. [116-119] [131] [135] [186]

The question at the next stage of the inquiry on proximity is whether the relationship is such as to make the imposition of legal liability for negligence appropriate. Although the relationship between a police officer and a suspect is sufficiently close and direct, other factors engaged by the relationship do not give rise to proximity. The critical factor which militates against recognizing a duty of care is the conflicting interests engaged by the relationship. Enforcing the criminal law is one of the most important aspects of maintaining law and

l'existence entre les parties d'un lien de proximité suffisant pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*. Même si l'on concluait à l'existence d'une telle obligation, il faudrait l'écartier pour d'autres considérations de politique générale. La reconnaissance d'un tel délit aurait des répercussions importantes sur d'autres obligations légales et nuirait au système de justice ainsi qu'à la société en général. Comme le délit d'enquête négligente ne saurait exister en common law, les juridictions inférieures ont eu raison de rejeter l'action. [112-113] [187]

Il ne fait aucun doute que le policier a envers le public le devoir d'enquêter sur les crimes. Deux facteurs permettent de déterminer si ce devoir général fait naître une obligation de droit privé envers le suspect sous enquête : la prévisibilité raisonnable et le lien de proximité. L'exigence de la prévisibilité raisonnable n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence. Un enquêteur de police peut facilement prévoir que le suspect pourrait subir un préjudice si l'enquête est menée avec négligence. En ce qui concerne le lien de proximité, il convient de rechercher d'abord une catégorie analogue. La présente affaire ne s'inscrit ni directement ni par analogie dans une catégorie pour laquelle l'existence d'une obligation de diligence a déjà été reconnue. L'analogie que fait la Cour d'appel avec la victime d'un acte criminel ne tient pas. Il existe une distinction fondamentale entre la victime et le suspect. Alors que l'intérêt de la victime est généralement conciliable avec l'obligation du policier d'enquêter sur les crimes, le suspect subit toujours un préjudice lorsqu'il fait l'objet d'une enquête, même s'il est innocenté au bout du compte. Le fait qu'il est dans l'intérêt du suspect de ne pas être importuné par l'État s'oppose à l'exécution de la fonction policière d'enquêter sur les crimes. Aucun tribunal de common law d'un autre ressort que l'Ontario n'a statué que le policier a une obligation de diligence de droit privé envers le suspect sous enquête, et les tribunaux saisis de la question ont refusé de reconnaître l'existence d'une telle obligation. Les décisions rendues sur le fondement du *Code civil du Québec* ne permettent guère de statuer en l'espèce. [116-119] [131] [135] [186]

La question qui se pose à l'étape suivante de l'examen relatif à la proximité est celle de savoir si la relation est de nature à justifier l'imputation d'une responsabilité pour négligence. La relation entre le policier et le suspect est suffisamment étroite et directe, mais d'autres facteurs qu'elle met en jeu ne permettent pas de conclure à la proximité. Le facteur déterminant qui milite contre la reconnaissance d'une obligation de diligence est celui des intérêts opposés mis en jeu par la relation. L'application du droit criminel est l'un des

order in a free society. Fulfilling this function often requires police officers to make decisions that might adversely affect the rights and interests of citizens. The fulfilment of this public duty necessarily collides with the individual's interest to be left alone by the state. The imposition on the police of a private duty to take reasonable care not to harm the individual would therefore inevitably pull the police away from targeting that individual as a suspect. The overly cautious approach that may result from the imposition of conflicting duties would seriously undermine society's interest in having the police investigate crime and apprehend offenders. This opposition of interests has been recognized in other countries as a sufficient reason not to impose a duty of care. [136-140] [142] [147]

Residual policy considerations also militate against the recognition of such a duty. The potential imposition of civil liability gives rise to a significant concern about the improper exercise of the police discretionary power to not engage the criminal process despite the existence of reasonable and probable grounds. Police discretion must be exercised solely to advance the public interest, not out of a fear of civil liability. The proposed tort also raises difficult questions of public policy with respect to identifying the wrongfully convicted for the purpose of compensation. A verdict of not guilty is not a factual finding of innocence. A choice would have to be made whether compensation is available to all who are acquitted or reserved to those who are factually innocent. The issue is most pertinent where, as here, the alleged wrong is the conduct of a substandard police investigation. A person who committed an offence may benefit from a botched-up investigation because a negligent investigation will often be the effective cause of an acquittal. Whichever approach is adopted, there may be unforeseen and undesirable ramifications in the criminal context. These considerations provide reason to be cautious about imposing on police officers a novel duty of care towards suspects. [148] [151] [156] [160-161] [167]

Furthermore, the ordinary negligence standard, even if linked to the reasonable and probable grounds standard, cannot easily co-exist with governing criminal standards. If the civil standard for liability is to be tailored to complement governing criminal standards, the presence of reasonable and probable grounds for laying

volets les plus importants du maintien de la loi et de l'ordre dans une société libre. Pour s'acquitter de cette fonction, le policier doit souvent prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et les intérêts de citoyens. L'exécution de ce devoir public entre inévitablement en conflit avec l'intérêt du suspect à ne pas être importuné par l'État. S'il avait, en droit privé, l'obligation de prendre toute mesure raisonnable pour ne pas infliger un préjudice à une personne, le policier se retrouverait nécessairement soumis à des forces contraires au moment de considérer cette personne comme suspecte. La prudence excessive dont il pourrait alors faire preuve en raison de ses obligations contradictoires irait sérieusement à l'encontre de l'intérêt de la société à ce qu'il enquête sur les crimes et arrête les contrevenants. Des tribunaux étrangers ont vu dans cette opposition des intérêts en jeu un motif suffisant de ne pas imposer d'obligation de diligence. [136-140] [142] [147]

D'autres considérations de politique générale militent contre la reconnaissance de cette obligation. L'imputation éventuelle d'une responsabilité civile fait grandement craindre que le policier s'abstienne d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'engager le processus pénal même s'il a des motifs raisonnables et probables de le faire. Le policier doit exercer son pouvoir discrétionnaire uniquement pour défendre l'intérêt public, et non pour se soustraire à la responsabilité civile. Le délit proposé soulève également d'épineuses questions d'intérêt public lorsqu'il s'agit de déterminer si, pour les besoins d'une éventuelle indemnisation, une personne a été déclarée coupable à tort. Un verdict de non-culpabilité n'équivaut pas à une déclaration d'innocence réelle. Il faudra décider si toute personne acquittée, ou seulement celle qui est réellement innocente, aura droit à une indemnité. La question se pose particulièrement dans le cas où, comme en l'espèce, la faute alléguée consiste dans le non-respect de la norme applicable à l'enquête policière. Une personne ayant commis une infraction pourrait bénéficier du bâclage d'une enquête, car la négligence des enquêteurs sera souvent la cause véritable de l'acquiescement. Dans un cas comme dans l'autre, il pourra en résulter des effets imprévus et non souhaitables dans le contexte criminel. Ces considérations appellent la prudence quant à l'assujettissement du policier à une nouvelle obligation de diligence envers le suspect. [148] [151] [156] [160-161] [167]

Par ailleurs, la norme de négligence habituelle, même liée à celle des motifs raisonnables et probables, ne saurait coexister facilement avec les normes applicables en matière criminelle. Pour que la norme de diligence applicable en matière civile soit délimitée de manière à s'harmoniser avec les normes applicables en matière

a charge must constitute a bar to any civil liability. It cannot be sufficient to show that investigative techniques used by the police were substandard. Rather, it must be established that the identification process was so flawed that it destroyed the reasonable and probable grounds for laying the charge. While the Court of Appeal agreed that the standard of care owed to suspects must be linked to the reasonable and probable grounds standard, none of the judges considered whether the charges were nonetheless laid on the basis of reasonable and probable grounds in their negligence analysis. The private nature of the tort of negligent investigation narrows the focus to the individual rights of the parties and loses sight of the broader public interests at stake. By contrast to the proposed action in negligence, the existing torts of false arrest, false imprisonment, malicious prosecution and misfeasance in public office do not give rise to these policy concerns. The recognition that the civil tort system is not the appropriate vehicle to provide compensation for the wrongfully convicted should not, however, be viewed as undermining the importance of achieving that goal. [169] [174-175] [180-181] [187]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; **discussed:** *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; **referred to:** *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Rufo v. Simpson*, 103 Cal. Rptr.2d 492 (2001); *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Folland v. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

pénale, l'existence de motifs raisonnables et probables pour porter une accusation doit faire obstacle à toute responsabilité civile. Il ne saurait suffire de démontrer que la méthode d'enquête employée par les policiers ne respectait pas la norme applicable en la matière. Il faut plutôt établir que le processus d'identification était à ce point vicié qu'il a supprimé les motifs raisonnables et probables de porter l'accusation. La Cour d'appel a convenu que la norme de négligence applicable à l'égard du suspect devait être liée à celle des motifs raisonnables et probables, mais aucun des juges, dans son analyse relative à la négligence, ne s'est demandé si les accusations avaient néanmoins été portées sur le fondement de tels motifs. La nature privée du délit d'enquête négligente met l'accent sur les droits individuels des parties et fait perdre de vue l'intérêt public général en jeu. Contrairement au délit d'enquête négligente proposé, les délits existants d'arrestation illégale, de détention arbitraire, de poursuite abusive et de faute dans l'exercice d'une charge publique ne soulèvent pas ces considérations de politique générale. Conclure que le régime de la responsabilité délictuelle ne se prête pas à l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime n'équivaut cependant pas à nier l'importance d'une telle réparation. [169] [174-175] [180-181] [187]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; **arrêt analysé :** *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Rufo c. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (2001); *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Folland c. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

By Charron J. (dissenting on cross-appeal)

Ann's v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; *Beckstead v. Ottawa (City) Chief of Police* (1997), 37 O.R. (3d) 62; *Reynen v. Canada* (1993), 70 F.T.R. 158; *McGillivray v. New Brunswick* (1994), 149 N.B.R. (2d) 311; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673; *Collie Woollen Mills Ltd. v. Canada* (1996), 107 F.T.R. 93; *Stevens v. Fredericton (City)* (1999), 212 N.B.R. (2d) 264; *Dix v. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580; *Kleysen v. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery v. Canada (Attorney General)*, [2004] N.B.J. No. 391 (QL), 2004 NBQB 372; *A.A.D. v. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Alexandrou v. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328; *Osman v. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344; *Cowan v. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025; *Emanuele v. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339; *Courtney v. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson v. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869; *Tame v. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35; *Gruber v. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18; *Duke v. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632; *Gregory v. Gollan*, [2006] NZHC 426; *Sullivan v. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59; *Cran v. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, leave to appeal denied, [2005] HCA Trans 21; *Simpson v. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Thompson v. Olson*, 798 F.2d 552 (1986); *Kompare v. Stein*, 801 F.2d 883 (1986); *Kelly v. Curtis*, 21 F.3d 1544 (1994); *Orsatti v. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (1995); *Schertz v. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (1989); *Castle Rock v. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005); *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *Lacombe v.*

Citée par la juge Charron (dissidente quant au pourvoi incident)

Ann's c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; *Beckstead c. Ottawa (City) Chief of Police* (1997), 37 O.R. (3d) 62; *Reynen c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1028 (QL); *McGillivray c. Nouveau-Brunswick* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 311; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673; *Collie Woollen Mills Ltd. c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 193 (QL); *Stevens c. Fredericton (Ville)* (1999), 212 R.N.-B. (2^e) 264; *Dix c. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580; *Kleysen c. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery c. Canada (Attorney General)*, [2004] A.N.-B. n° 391 (QL), 2004 NBQB 372; *A.A.D. c. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Alexandrou c. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328; *Osman c. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344; *Cowan c. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025; *Emanuele c. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339; *Courtney c. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson c. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869; *Tame c. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35; *Gruber c. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18; *Duke c. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632; *Gregory c. Gollan*, [2006] NZHC 426; *Sullivan c. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59; *Cran c. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, autorisation d'appel refusée, [2005] HCA Trans 21; *Simpson c. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Gregoire c. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Thompson c. Olson*, 798 F.2d 552 (1986); *Kompare c. Stein*, 801 F.2d 883 (1986); *Kelly c. Curtis*, 21 F.3d 1544 (1994); *Orsatti c. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (1995); *Schertz c. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (1989); *Castle Rock c. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005); *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *Lacombe c.*

André, [2003] R.J.Q. 720; *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 504, 548(1)(a), 696.1 to 696.6.
Police Act, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1).
Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 34(2).
Police Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-11, s. 5(2).
Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 48.
Police Act, S.N.B. 1977, c. P-9.2, s. 12(1).
Police Act, S.N.S. 2004, c. 31, ss. 30(1), 31(1).
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 18, 19(1).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 1, 42.
Provincial Police Act, R.S.M. 1987, c. P150, C.C.S.M. c. P150, s. 5.
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18.
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, c. R-17, s. 8(1).

Authors Cited

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 1769.
 Canada. Department of Justice. *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons*. Ottawa: Department of Justice, 1988.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
 Federal/Provincial/Territorial Heads of Prosecutions Committee Working Group. *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice*. Ottawa: Department Justice, 2004.
 Garrison, Arthur H. "Law Enforcement Civil Liability under Federal Law and Attitudes on Civil Liability: A Survey of University, Municipal and State Police Officers" (1995), 18 *Police Stud.* 19.
 Hall, Daniel E., et al., "Suing cops and corrections officers: Officer attitudes and experiences about civil liability" (2003), 26 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 529.
 Hughes, Tom. "Police officers and civil liability: 'the ties that bind'?" (2001), 24 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 240.

André, [2003] R.J.Q. 720; *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 504, 548(1)(a), 696.1 à 696.6.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18.
Loi sur la Police, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, art. 12(1).
Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 48.
Loi sur la Sûreté du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. P150, C.P.L.M. ch. P150, art. 5.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 1, 42.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1).
Police Act, R.S.A. 2000, ch. P-17, art. 38(1).
Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 34(2).
Police Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-11, art. 5(2).
Police Act, S.N.S. 2004, ch. 31, art. 30(1), 31(1).
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, ch. P-15.01, art. 18, 19(1).
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, ch. R-17, art. 8(1).

Doctrine citée

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 1769.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996.
 Canada. Ministère de la Justice. *Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1988.
 Garrison, Arthur H. « Law Enforcement Civil Liability under Federal Law and Attitudes on Civil Liability : A Survey of University, Municipal and State Police Officers » (1995), 18 *Police Stud.* 19.
 Groupe de travail du Comité fédéral/provincial/territorial des chefs des poursuites pénales. *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2004.
 Hall, Daniel E., et al., « Suing cops and corrections officers : Officer attitudes and experiences about civil liability » (2003), 26 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 529.
 Hughes, Tom. « Police officers and civil liability : "the ties that bind" ? » (2001), 24 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 240.

Kaiser, H. Archibald. “Wrongful Conviction and Imprisonment: Towards an End to the Compensatory Obstacle Course” (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg: Department of Justice, 2007.

Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis Butterworths, 2004.

Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John’s: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Saskatchewan. *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing).

Vaughn, Michael S., Tab W. Cooper and Rolando V. del Carmen. “Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs’ Views” (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3.

Weir, Tony. *Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Feldman, MacPherson, MacFarland and LaForme J.J.A.) (2005), 76 O.R. (3d) 481, 259 D.L.R. (4th) 676, 202 O.A.C. 310, 36 C.C.L.T. (3d) 105, 33 C.R. (6th) 269, [2005] O.J. No. 4045 (QL), affirming a decision of Marshall J. (2003), 66 O.R. (3d) 746, [2003] O.J. No. 3487 (QL). Appeal dismissed. Cross-appeal dismissed, Bastarache, Charron and Rothstein J.J. dissenting.

Sean Dewart, Louis Sokolov and Charlene Wiseman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

David G. Boghosian and Courtney Raphael, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Kaiser, H. Archibald. « Wrongful Conviction and Imprisonment : Towards an End to the Compensatory Obstacle Course » (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2003.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg : Department of Justice, 2007.

Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont. : Lexis Nexis Butterworths, 2004.

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.

Saskatchewan. *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing).

Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*. St. John’s : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Vaughn, Michael S., Tab W. Cooper and Rolando V. del Carmen. « Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement : Police Chiefs’ Views » (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3.

Weir, Tony. *Tort Law*. Oxford : Oxford University Press, 2002.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Goudge, Feldman, MacPherson, MacFarland et LaForme) (2005), 76 O.R. (3d) 481, 259 D.L.R. (4th) 676, 202 O.A.C. 310, 36 C.C.L.T. (3d) 105, 33 C.R. (6th) 269, [2005] O.J. No. 4045 (QL), qui a confirmé une décision du juge Marshall (2003), 66 O.R. (3d) 746, [2003] O.J. No. 3487 (QL). Pourvoi rejeté. Pourvoi incident rejeté, les juges Bastarache, Charron et Rothstein sont dissidents.

Sean Dewart, Louis Sokolov et Charlene Wiseman, pour l’appelant/intimé au pourvoi incident.

David G. Boghosian et Courtney Raphael, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

Anne M. Turley, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. Michele Smith and *Heather C. Mackay*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jonathan Rudin and *Kimberly R. Murray*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Julian N. Falconer and *Sunil S. Mathai*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Leona K. Tesar and *Gregory R. Preston*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Mark J. Sandler and *Joseph Di Luca*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bradley E. Berg and *Allison A. Thornton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ian Roland and *Emily Lawrence*, for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

The police must investigate crime. That is their duty. In the vast majority of cases, they carry out this duty with diligence and care. Occasionally, however, mistakes are made. These mistakes may have drastic consequences. An innocent suspect may be investigated, arrested and imprisoned because of negligence in the course of a police investigation. This is what Jason George Hill, appellant in the case at bar, alleges happened to him.

Anne M. Turley, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. Michele Smith et *Heather C. Mackay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jonathan Rudin et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Julian N. Falconer et *Sunil S. Mathai*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Leona K. Tesar et *Gregory R. Preston*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Mark J. Sandler et *Joseph Di Luca*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bradley E. Berg et *Allison A. Thornton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ian Roland et *Emily Lawrence*, pour les intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Les policiers doivent enquêter sur les crimes. C'est leur devoir. Dans la grande majorité des cas, ils le font avec prudence et diligence. Or, il leur arrive parfois de commettre des erreurs, et ces erreurs sont susceptibles d'avoir de graves conséquences. Une personne innocente peut, à cause d'une négligence de la police, faire l'objet d'une enquête, d'une arrestation, puis d'un emprisonnement. L'appelant, Jason George Hill, prétend que c'est ce qui lui est arrivé.

2 Can the police be held liable if their conduct during the course of an investigation falls below an acceptable standard and harm to a suspect results? If so, what standard should be used to assess the conduct of the police? More generally, is police conduct during the course of an investigation or arrest subject to scrutiny under the law of negligence at all, or should police be immune on public policy grounds from liability under the law of negligence? These are the questions at stake on this appeal.

3 I conclude that police are not immune from liability under the Canadian law of negligence, that the police owe a duty of care in negligence to suspects being investigated, and that their conduct during the course of an investigation should be measured against the standard of how a reasonable officer in like circumstances would have acted. The tort of negligent investigation exists in Canada, and the trial court and Court of Appeal were correct to consider the appellant's action on this basis. The law of negligence does not demand a perfect investigation. It requires only that police conducting an investigation act reasonably. When police fail to meet the standard of reasonableness, they may be accountable through negligence law for harm resulting to a suspect.

II. Facts and Procedural History

4 This case arises out of an unfortunate series of events which resulted in an innocent person being investigated by the police, arrested, tried, wrongfully convicted, and ultimately acquitted after spending more than 20 months in jail for a crime he did not commit.

5 Ten robberies occurred in Hamilton between December 16, 1994 and January 23, 1995. The *modus operandi* in all of the robberies seemed essentially the same. Eyewitnesses provided similar descriptions of the suspect. The police, relying on similarities in the *modus operandi* and eyewitness descriptions, concluded early on in the investigation that the same person had committed all the robberies, and labelled the perpetrator “the plastic bag robber”.

Le policier engage-t-il sa responsabilité lorsque, dans le cadre d'une enquête, sa conduite inacceptable inflige un préjudice au suspect? Dans l'affirmative, quelle norme devrait s'appliquer pour évaluer la conduite du policier? Plus généralement, les actes du policier pendant une enquête ou lors d'une arrestation sont-ils susceptibles d'examen suivant le droit de la négligence ou, pour des raisons d'ordre public, le policier doit-il être à l'abri de toute responsabilité délictuelle? Telles sont les questions que soulève le présent pourvoi.

Je conclus qu'en droit canadien de la négligence, le policier n'est pas à l'abri de la responsabilité, qu'il a une obligation de diligence envers le suspect sous enquête et que ses actes en cours d'enquête doivent être appréciés selon la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Le délit d'enquête négligente existe au Canada, et le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de statuer sur l'action de l'appelant en conséquence. Le droit de la négligence exige une enquête policière non pas parfaite, mais seulement raisonnable. Lorsque la norme du caractère raisonnable n'est pas observée, le droit de la négligence prévoit que le policier peut être tenu responsable du préjudice causé au suspect.

II. Faits et historique des procédures judiciaires

Dans la présente affaire, une malheureuse succession d'événements a fait en sorte qu'une personne innocente se retrouve sous enquête policière, soit jugée, reconnue coupable à tort, puis acquittée enfin après plus de 20 mois d'incarcération pour un crime qu'elle n'avait pas commis.

Entre le 16 décembre 1994 et le 23 janvier 1995, dix vols qualifiés ont été commis à Hamilton. Le *modus operandi* semble avoir toujours été essentiellement le même. Des témoins oculaires ont décrit le suspect de manière semblable. S'appuyant sur cette similitude des *modus operandi* et des signalements, les policiers ont rapidement conclu que tous les vols étaient le fait d'une seule et même personne : le « voleur au sac en plastique ».

The appellant, Jason George Hill, became a suspect in the course of the investigation of the “plastic bag” robberies. The police investigated. They released his photo to the media, and conducted a photo lineup consisting of the aboriginal suspect Hill and 11 similar-looking Caucasian foils. On January 27, 1995, the police arrested Hill and charged him with 10 counts of robbery. The evidence against him at that point included: a Crime Stoppers tip; identification by a police officer based on a surveillance photo; several eyewitness identifications (some tentative, others more solid); a potential sighting of Hill near the site of a robbery by a police officer; eyewitness evidence that the robber appeared to be aboriginal (which Hill was); and the belief of the police that a single person committed all 10 robberies.

At the time of the arrest, the police were in possession of potentially exculpatory evidence, namely, an anonymous Crime Stoppers tip received on January 25, 1995 suggesting that two Hispanic men (“Frank” and “Pedro”) were the perpetrators. As time passed, other exculpatory evidence surfaced. Two similar robberies occurred while Hill was in custody. The descriptions of the robber and the *modus operandi* were similar to the original robberies, except for the presence of a threat of a gun in the last two robberies. The police received a second Crime Stoppers tip implicating “Frank”, which indicated that “Frank” looked similar to Jason George Hill and that “Frank” was laughing because Hill was being held responsible for robberies that Frank had committed. The police detective investigating the last two robberies (Detective Millin) received information from another officer that a Frank Sotomayer could be the robber. He proceeded to gather evidence and information which tended to inculcate Sotomayer — that Sotomayer and Hill looked very much alike, that there was evidence tending to corroborate the credibility of the Crime Stoppers tip implicating “Frank”, and that photos from the first robberies seemed to look more like Sotomayer than Hill. Information from this investigation of the later robberies was

Au fil de l’enquête, les policiers ont soupçonné l’appelant, Jason George Hill, d’avoir perpétré les vols « au sac en plastique ». Ils ont transmis sa photo aux médias, puis organisé une séance d’identification à partir de photos — celles de M. Hill, un Autochtone, et de onze Blancs lui ressemblant. Le 27 janvier 1995, ils ont arrêté M. Hill et l’ont inculpé de dix vols qualifiés. La preuve dont ils disposaient alors consistait dans une information communiquée à Échec au crime, l’identification par un policier à partir d’une photo obtenue grâce à la vidéosurveillance, l’identification par plusieurs témoins oculaires (certains plus catégoriques que d’autres), la possibilité qu’un policier ait aperçu M. Hill près du lieu de l’un des vols, la déposition d’un témoin oculaire selon lequel le voleur semblait être autochtone (comme M. Hill) et la croyance des policiers qu’une seule et même personne avait commis les dix vols.

Au moment de l’arrestation de M. Hill, la police détenait une preuve susceptible de le disculper, à savoir une information anonyme communiquée à Échec au crime le 25 janvier 1995 et selon laquelle deux hommes d’origine hispanique (« Frank » et « Pedro ») avaient commis les vols. Puis, d’autres éléments de preuve disculpatoires se sont ajoutés. Deux vols semblables ont été commis pendant que M. Hill était en détention. Ils s’apparentaient aux vols antérieurs pour ce qui est de la description du voleur et du *modus operandi*, mais ils avaient été commis sous la menace d’une arme à feu. Grâce au programme Échec au crime, la police a reçu une deuxième information concernant « Frank » : il ressemblait à Jason George Hill et il riait du fait que ce dernier était tenu responsable à tort des vols qu’il avait commis. Chargé de l’enquête sur les deux derniers vols, l’inspecteur Millin a été informé par un collègue qu’un certain Frank Sotomayer pouvait être le voleur. Il a recueilli des éléments de preuve et d’information tendant à inculper M. Sotomayer : M. Sotomayer et Hill se ressemblaient beaucoup, des éléments de preuve confirmaient l’information communiquée à Échec au crime relativement à « Frank » et la personne photographiée lors des premiers vols ressemblait davantage à M. Sotomayer qu’à M. Hill. Les renseignements obtenus au cours

conveyed to the detective supervising the investigation of the earlier robberies (Detective Loft).

8 Two of the charges against Hill were dropped in response to this new evidence, the police having concluded that Sotomayer, not Hill, had committed those robberies. However, the police did not drop all of the charges.

9 Legal proceedings against Hill in relation to the remaining eight charges began. Two more charges were withdrawn by the Crown during the preliminary inquiry because a witness testified that Hill was not the person who robbed her. Five more charges were withdrawn by the Assistant Crown Attorney assigned to prosecute at trial. A single charge remained, and the Crown decided to proceed based on this charge, largely because two eyewitnesses, the bank tellers, remained steadfast in their identifications of Hill.

10 Hill stood trial and was found guilty of robbery in March 1996. He successfully appealed the conviction based on errors of law made by the trial judge. On August 6, 1997, his appeal was allowed and a new trial was ordered. Hill was ultimately acquitted of all charges of robbery on December 20, 1999.

11 To summarize, Hill first became involved in the investigation as a suspect in January of 1995 and remained involved in various aspects of the justice system as a suspect, an accused, and a convicted person, until December of 1999. Within this period, he was imprisoned for various periods totalling more than 20 months, although not continuously.

12 Hill brought civil actions against the police (the Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board and a number of individual officers) and the Crown prosecutors involved in his preliminary inquiry and trial. The actions against some of the individual officers and all of the Crown prosecutors were discontinued before trial. The action against the remaining defendants was brought on the basis of negligence, malicious prosecution, and breach of

de l'enquête sur les vols plus récents ont été transmis au policier chargé de l'enquête sur la première série de vols, l'inspecteur Loft.

Deux des accusations portées contre M. Hill ont été retirées au vu de ces éléments nouveaux, la police ayant conclu que M. Sotomayer, et non M. Hill, avait commis ces vols. Elle n'a cependant pas abandonné toutes les accusations.

Des procédures judiciaires ont été engagées contre M. Hill relativement aux huit autres accusations. Pendant l'enquête préliminaire, le ministère public a abandonné deux autres accusations après qu'un témoin eut déclaré que M. Hill n'était pas la personne qui l'avait volé. Le procureur adjoint de la poursuite a laissé tomber cinq autres accusations. Une seule accusation demeurerait, et le ministère public a décidé d'y donner suite, essentiellement parce que deux témoins oculaires, les caissières, affirmaient toujours reconnaître M. Hill.

À l'issue du procès en mars 1996, M. Hill a été reconnu coupable de vol qualifié. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, alléguant des erreurs de droit commises par le juge du procès. Le 6 août 1997, il a eu gain de cause et un nouveau procès a été ordonné. Le 20 décembre 1999, il a finalement été acquitté à l'égard de tous les chefs d'accusation de vol qualifié.

En résumé, M. Hill a d'abord été soupçonné par les policiers en janvier 1995 et il est demeuré dans l'engrenage du système de justice à titre de suspect, d'accusé puis de personne déclarée coupable jusqu'en décembre 1999. Il a été emprisonné pendant plus de 20 mois au total, mais de manière discontinue.

M. Hill a poursuivi au civil la police (la Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth et certains policiers) et les procureurs de la Couronne ayant participé à l'enquête préliminaire et au procès. Les poursuites engagées contre certains policiers et tous les procureurs de la Couronne ont été abandonnées avant l'instruction. L'action visant les autres défendeurs alléguait la négligence, la poursuite abusive

rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This appeal is concerned with the negligence claim.

Hill alleges that the police investigation was negligent in a number of ways. He attacks the identifications by the two bank tellers on the ground that they were interviewed together (not separately, as non-mandatory guidelines suggested), with a newspaper photo identifying Hill as the suspect on their desks, and particularly objects to the methods used to interview witnesses and administer a photo lineup. He also alleged that the police failed to adequately reinvestigate the robberies when new evidence emerged that cast doubt on his initial arrest.

At trial, Marshall J. of the Ontario Superior Court of Justice held that the police were not liable in negligence ((2003), 66 O.R. (3d) 746). In his view, the conduct of the police did not breach the standard of care of a reasonably competent professional in like circumstances; the police had acted in the frenzy of the moment, in circumstances where there was no recognized police procedure at the time, and it would be “facile hindsight” to conclude that they were negligent (para. 75). The trial judge expressed considerable sympathy for Hill and found frailties in the police evidence. Nevertheless, he concluded that the standard of care that would be expected of the reasonable officer at that time was met (paras. 75-76).

Hill appealed. The Court of Appeal unanimously held that there is a tort of negligent investigation and that the appropriate standard of care is the reasonable officer in like circumstances, subject to qualification at the point of arrest when the standard of care is tied to the standard of reasonable and probable grounds ((2005), 76 O.R. (3d) 481). However, the Court of Appeal split on the application of the tort of negligent investigation to the facts.

et la violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le présent pourvoi porte sur l’allégation de négligence.

M. Hill soutient que l’enquête policière a été négligente à maints égards. Il conteste l’identification par les deux caissières au motif qu’elles ont été interrogées ensemble (et non séparément, comme le conseillaient des directives non impératives) et que sa photo publiée dans le journal et l’identifiant comme étant le suspect se trouvait sur leurs bureaux. Il conteste plus particulièrement les méthodes d’interrogatoire des témoins et le déroulement de la séance d’identification photographique. Il reproche également à la police de n’avoir pas rouvert l’enquête comme elle aurait dû le faire après la découverte de nouveaux éléments qui remettaient en question le bien-fondé de son arrestation initiale.

Au procès, le juge Marshall de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que la police n’avait pas fait preuve de négligence ((2003), 66 O.R. (3d) 746). À son avis, les policiers ont agi de façon aussi diligente que l’auraient fait des professionnels raisonnablement compétents placés dans la même situation. Ils ont agi dans le feu de l’action en l’absence de toute procédure policière établie, et ce serait se livrer à [TRADUCTION] « une appréciation rétrospective simpliste » des faits que de conclure à leur négligence (par. 75). Le juge de première instance s’est montré très compatissant envers M. Hill. Il a relevé des faiblesses dans la preuve recueillie par les policiers. Il a néanmoins conclu au respect de la norme de diligence à laquelle devait alors satisfaire un policier raisonnable (par. 75-76).

M. Hill en a appelé de la décision. La Cour d’appel a unanimement conclu à l’existence du délit d’enquête négligente et à l’application de la norme de diligence du policier raisonnable placé dans la même situation, sauf au moment de l’arrestation, où la norme de diligence est liée à celle des motifs raisonnables et probables ((2005), 76 O.R. (3d) 481). Les juges de la Cour d’appel ont cependant été partagés quant à l’application du délit d’enquête négligente aux faits de l’espèce.

13

14

15

16

A majority of three (*per* MacPherson J.A. (Goudge and MacFarland J.J.A. concurring)) held that the standard of care was not breached and that the police should not be held liable in negligence. In the view of the majority, the impugned elements of the investigation pre-arrest complied with the standard of care. In particular, the majority was not prepared to find the photo lineup negligent. In light of the lack of uniform rules or procedures relating to photo lineups at the time, it was not clear that the police failed to do what the reasonable officer would have done in conducting the lineup as they did. Further, it was not established that the photo lineup was structurally biased. Nor was the failure to reinvestigate negligent. First, since “Hamilton is a fairly large city with many bank robberies”, it was reasonable that the police’s knowledge that later robberies were committed by Sotomayer did not cast doubt on the earlier arrest of the appellant (para. 112). Second, it was reasonable not to connect information relating to later robberies to the earlier robberies for which Hill was arrested because the later robberies involved a gun and the earlier ones did not. Third, police did take significant actions in response to new information, including dropping some of the charges against Hill. Fourth, some key evidence against Hill remained unchanged even after Sotomayer was arrested for some of the “plastic bag robberies”, including some of the eyewitness identifications. Finally, the ultimate decision to proceed to trial was made by the Crown prosecutor, not the police.

Les trois juges majoritaires (le juge MacPherson avec l’accord des juges Goudge et MacFarland) ont conclu qu’il n’y avait pas eu inobservation de la norme de diligence et que les policiers ne devaient pas être reconnus coupables de négligence. Ils ont estimé que les éléments contestés de l’enquête préalable à l’arrestation respectaient la norme de diligence. Plus particulièrement, ils n’étaient pas disposés à conclure que la séance d’identification photographique avait été empreinte de négligence. Vu l’absence à l’époque de règles ou de procédures uniformes en la matière, on ne pouvait dire avec certitude que les policiers n’avaient pas agi comme l’aurait fait des policiers raisonnables appelés à tenir une séance d’identification photographique dans les mêmes circonstances. En outre, il n’avait pas été établi que cette séance avait été foncièrement tendancieuse, ni que l’omission de rouvrir l’enquête relevait de la négligence. Premièrement, [TRADUCTION] « Hamilton est une grande ville où sont perpétrés de nombreux vols de banque », de sorte que, même s’ils savaient que les derniers vols avaient été commis par M. Sotomayer, les policiers pouvaient raisonnablement ne pas douter du bien-fondé de l’arrestation antérieure de l’appelant (par. 112). Deuxièmement, il était raisonnable de ne pas faire le lien entre les vols pour lesquels M. Hill avait été arrêté et ceux perpétrés par la suite, car contrairement aux premiers, les seconds avaient été commis à l’aide d’une arme à feu. Troisièmement, à la lumière des nouveaux renseignements obtenus, la police a pris des mesures importantes, dont celle d’abandonner certaines accusations portées contre M. Hill. Quatrièmement, certains des principaux éléments de preuve incriminaient toujours M. Hill malgré l’arrestation de M. Sotomayer pour quelques-uns des « vols au sac en plastique », notamment l’identification par témoins oculaires. En dernier lieu, c’est le procureur de la Couronne, et non la police, qui a décidé en fin de compte de la tenue d’un procès.

17

In dissent, Feldman and LaForme J.J.A. found aspects of the impugned police conduct constituted negligent failure to reinvestigate. They concluded that the trial judge had made errors of law and palpable and overriding errors of fact,

Dissidents, les juges Feldman et LaForme ont estimé que certains actes reprochés aux policiers constituaient une omission négligente de rouvrir l’enquête. Selon eux, le juge de première instance avait commis des erreurs de droit ainsi que

in concluding that the photo lineup and failure to reinvestigate were not negligent. A photo lineup consisting of one aboriginal person and eleven Caucasians is “*prima facie* potentially structurally biased with obvious potential for unfairness” and thus “falls below the standard of care required of police” (para. 156). Feldman and LaForme J.J.A. also found that the police had not pursued a number of pieces of evidence which could potentially have exculpated Hill (paras. 144 ff.).

Hill appeals to this Court, contending that the majority of the Court of Appeal erred in finding that the police investigation leading to his arrest and prosecution was not negligent. The police cross-appeal, arguing that there is no tort of negligent investigation in Canadian law.

III. Analysis

The Tort of Negligent Investigation

1. Duty of Care

The issue at this stage is whether the law recognizes a duty of care on an investigating police officer to a suspect in the course of investigation. This matter is not settled in Canada. Lower courts have divided and this Court has never considered the matter. We must therefore ask whether, as a matter of principle, a duty of care should be recognized in this situation.

The test for determining whether a person owes a duty of care involves two questions: (1) Does the relationship between the plaintiff and the defendant disclose sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care; and (2) If so, are there any residual policy considerations which ought to negate or limit that duty of care? (See *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), as affirmed and explained by this Court in a number of cases (*Cooper v. Hobart*, [2001] 3

des erreurs de fait manifestes et dominantes en concluant que la tenue de la séance d’identification photographique et l’omission de reprendre l’enquête n’équivalaient pas à de la négligence. Une séance d’identification à partir des photos d’un Autochtone et de onze Blancs est [TRADUCTION] « susceptible à première vue d’être foncièrement tendancieuse et présente un risque évident d’injustice »; partant, elle « ne respecte pas la norme de diligence applicable aux policiers » (par. 156). Les juges Feldman et LaForme ont aussi conclu que les policiers n’avaient pas donné suite à un certain nombre d’éléments de preuve qui auraient pu disculper M. Hill (par. 144 et suiv.).

M. Hill se pourvoit devant notre Cour au motif que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu tort de conclure que l’enquête policière ayant mené à son arrestation et à son inculpation n’était pas empreinte de négligence. Dans son pourvoi incident, le service de police allègue que le délit d’enquête négligente n’existe pas en droit canadien.

III. Analyse

Le délit d’enquête négligente

1. Obligation de diligence

À cette étape, il faut déterminer si, en droit, le policier a une obligation de diligence envers le suspect sous enquête. Le débat perdure au Canada. La question divise les juridictions inférieures, et la Cour n’en a jamais été saisie. Nous devons donc nous demander s’il y a lieu, par principe, de reconnaître l’existence d’une telle obligation de diligence.

Deux questions se posent pour déterminer si une personne a une obligation de diligence envers autrui : (1) La relation entre le demandeur et le défendeur présente-t-elle une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie*? (2) Dans l’affirmative, d’autres considérations de politique générale sont-elles de nature à écarter ou à limiter cette obligation de diligence? (Voir *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), confirmé

S.C.R. 537, 2001 SCC 79, at paras. 25 and 29-39; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80, at para. 9; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69, at paras. 47-50; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18, at para. 47.)

(a) *Does the Relationship Establish a Prima Facie Duty of Care?*

21 The purpose of the inquiry at this stage is to determine if there was a relationship between the parties that gave rise to a legal duty of care.

22 The first element of such a relationship is foreseeability. In the foundational case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), Lord Atkin stated:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. . . . Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question. [Emphasis added; p. 580.]

Lord Atkin went on to state that each person “must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour” (p. 580). Thus the first question in determining whether a duty in negligence is owed is whether it was reasonably foreseeable that the actions of the alleged wrongdoer would cause harm to the victim.

23 However, as acknowledged in *Donoghue* and affirmed by this Court in *Cooper*, foreseeability alone is not enough to establish the required relationship. To impose a duty of care “there must also be a close and direct relationship of proximity or neighbourhood”: *Cooper*, at para. 22. The proximity inquiry asks whether the case discloses factors which show that the relationship between the

et explicité par notre Cour dans de nombreux arrêts, dont *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, par. 25 et 29-39, *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80, par. 9, *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69, par. 47-50, et *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18, par. 47.)

a) *La relation établit-elle une obligation de diligence prima facie?*

À cette étape, l'analyse vise à déterminer si la relation entre les parties a fait naître en droit une obligation de diligence.

Le premier élément à considérer est la prévisibilité. Dans l'arrêt fondamental *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), lord Atkin dit :

[TRADUCTION] Le commandement tu aimeras ton prochain devient en droit : tu ne léseras pas ton prochain. À la question de l'avocat : Qui est mon prochain? on donnera une réponse restrictive [. . .] Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question. [Je souligne; p. 580.]

Lord Atkin ajoute qu'[TRADUCTION] « il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain » (p. 580). Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il faut donc se demander d'abord s'il était raisonnablement prévisible que les actes de l'auteur allégué de la faute causent un préjudice à la victime.

Par ailleurs, comme l'a reconnu l'arrêt *Donoghue* et confirmé par l'arrêt *Cooper* de notre Cour, la prévisibilité ne suffit pas à elle seule à établir le lien requis. Pour imposer une obligation de diligence, « il doit aussi y avoir proximité ou un lien étroit et direct » : *Cooper*, par. 22. Pour déterminer s'il y a une proximité, la preuve doit révéler des éléments selon lesquels le lien entre le demandeur et le défendeur

plaintiff and the defendant was sufficiently close to give rise to a legal duty of care. The focus is on the relationship between alleged wrongdoer and victim: is the relationship one where the imposition of legal liability for the wrongdoer's actions is appropriate?

Generally speaking, the proximity analysis involves examining the relationship at issue, considering factors such as expectations, representations, reliance and property or other interests involved: *Cooper*, at para. 34. Different relationships raise different considerations. "The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the circumstances of the case. One searches in vain for a single unifying characteristic": *Cooper*, at para. 35. No single rule, factor or definitive list of factors can be applied in every case. "Proximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors" (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1151, cited in *Cooper*, at para. 35).

Proximity may be seen as providing an umbrella covering types of relationships where a duty of care has been found by the courts. The vast number of negligence cases proceed on the basis of a type of relationship previously recognized as giving rise to a duty of care. The duty of care of the motorist to other users of the highway; the duty of care of the doctor to his patient; the duty of care of the solicitor to her client — these are but a few of the relationships where sufficient proximity to give rise to a *prima facie* duty of care is recognized, provided foreseeability is established. The categories of relationships characterized by sufficient proximity to attract legal liability are not closed, however. From time to time, claims are made that relationships hitherto unconsidered by courts support a duty of care giving rise to legal liability. When such cases arise, the courts must consider whether the claim for sufficient proximity is established. If it is, and the *prima facie* duty is not negated for policy reasons at the second stage of the *Anns* test, the new

était suffisamment étroit pour faire naître en droit une obligation de diligence. L'accent est mis sur le lien entre l'auteur allégué de la faute et la victime : au regard de cette relation, convient-il d'imputer une responsabilité à l'égard des actes de l'auteur allégué de la faute?

En général, la détermination d'un rapport de proximité suppose l'examen de la relation en cause au regard, par exemple, des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et des autres intérêts en jeu : *Cooper*, par. 34. À relations différentes, considérations différentes. « Les facteurs susceptibles de satisfaire à l'exigence de proximité sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire. On chercherait en vain une caractéristique unique unificatrice » : *Cooper*, par. 35. Aucun facteur ou règle unique, ni aucune liste définitive de facteurs ne peut s'appliquer dans tous les cas. « Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d'affaires comportant différents facteurs » (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1151, cité dans l'arrêt *Cooper*, par. 35).

On peut considérer que la proximité (ou le lien étroit) englobe différentes relations pour lesquelles les tribunaux ont conclu à l'existence d'une obligation de diligence. Dans la plupart des affaires de négligence, le demandeur invoque une relation dont il est déjà reconnu qu'elle fait naître une obligation de diligence. La relation entre l'automobiliste et les autres usagers de la route, celle du médecin et de son patient, et celle de l'avocat et de son client sont quelques-unes des relations où l'existence d'un lien de proximité suffisant pour faire naître une obligation de diligence *prima facie* est reconnue, à condition que la prévisibilité soit établie. La liste des relations suffisamment étroites pour engager la responsabilité n'est cependant pas définitive. Il arrive qu'un demandeur prétende qu'une relation sur laquelle les tribunaux ne se sont pas encore penchés emporte une obligation de diligence dont l'inobservation engage la responsabilité. Les tribunaux doivent alors se demander si un lien étroit suffisant est établi. Si tel est le cas, et que l'obligation

24

25

category will thereafter be recognized as capable of giving rise to a duty of care and legal liability. The result is a concept of liability for negligence which provides a large measure of certainty, through settled categories of liability — attracting relationships, while permitting expansion to meet new circumstances and evolving conceptions of justice.

prima facie n'est pas écartée pour des raisons de principe au deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*, la relation sera dès lors reconnue comme étant susceptible de faire naître une obligation de diligence dont l'inobservation engage la responsabilité. La notion de responsabilité pour négligence offre ainsi une grande certitude grâce à la délimitation des relations susceptibles d'engager la responsabilité, bien que d'autres relations puissent s'ajouter pour tenir compte de données nouvelles et de l'évolution constante des conceptions de la justice.

26 In this case, we are faced with a claim in negligence against persons in a type of relationship not hitherto considered by the law — the relationship between an investigating police officer and his suspect. We must therefore ask whether, on principles applied in previous cases, this relationship is marked by sufficient proximity to make the imposition of legal liability for negligence appropriate.

En l'espèce, la négligence est alléguée relativement à une relation sur laquelle les tribunaux ne se sont encore jamais penchés, à savoir celle existant entre le policier enquêteur et le suspect. Nous devons donc nous demander si, à la lumière des principes appliqués jusqu'à ce jour, cette relation présente une proximité suffisante pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence.

27 Before moving on to the analysis of proximity in depth, it is worth pausing to state explicitly that this judgment is concerned only with a very particular relationship — the relationship between a police officer and a particularized suspect that he is investigating. There are particular considerations relevant to proximity and policy applicable to this relationship, including: the reasonable expectations of a party being investigated by the police, the seriousness of the interests at stake for the suspect, the legal duties owed by police to suspects under their governing statutes and the *Charter* and the importance of balancing the need for police to be able to investigate effectively with the protection of the fundamental rights of a suspect or accused person. It might well be that both the considerations informing the analysis of both proximity and policy would be different in the context of other relationships involving the police, for example, the relationship between the police and a victim, or the relationship between a police chief and the family of a victim. This decision deals only with the relationship between the police and a suspect being investigated. If a new relationship is alleged to attract liability of the police in negligence in a future case, it will be necessary to engage in a fresh *Anns* analysis, sensitive to the different considerations

Avant de passer à l'analyse approfondie du lien de proximité, il convient de préciser que les présents motifs ne portent que sur une relation très particulière, celle entre le policier et le suspect sous enquête. Certaines considérations pertinentes pour la proximité et les principes s'appliquent à cette relation, dont les attentes raisonnables de la personne visée par l'enquête policière, l'importance des intérêts en jeu pour le suspect, les obligations légales des policiers envers les suspects suivant la *Charte* et les lois qui régissent la police, de même que l'importance de concilier l'efficacité de l'enquête policière et la protection des droits fondamentaux du suspect ou de l'inculpé. Il se peut fort bien que les éléments pris en compte dans l'analyse relative à la proximité et aux considérations de politique générale diffèrent pour d'autres relations avec un policier, notamment celles entre un policier et une victime ou entre un chef de police et la famille d'une victime. Le présent pourvoi ne porte que sur le lien entre le policier et le suspect sous enquête. Si, ultérieurement, un demandeur allègue qu'une autre relation engage la responsabilité pour négligence des policiers, il faudra reprendre l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns* en fonction des considérations différentes que fait intervenir l'interaction du policier avec une autre personne

which might obtain when police interact with persons other than suspects that they are investigating. Such an approach will also ensure that the law of tort is developed in a manner that is sensitive to the benefits of recognizing liability in novel situations where appropriate, but at the same time, sufficiently incremental and gradual to maintain a reasonable degree of certainty in the law. Further, I cannot accept the suggestion that cases dealing with the relationship between the police and victims or between a police chief and the family of a victim are determinative here, although aspects of the analysis in those cases may be applicable and informative in the case at bar. (See *Odhavji and Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).) I note that *Jane Doe* is a lower court decision and that debate continues over the content and scope of the ratio in that case. I do not purport to resolve these disputes on this appeal. In fact, and with great respect to the Court of Appeal who relied to some extent on this case, I find the *Jane Doe* decision of little assistance in the case at bar.

Having said this, I proceed to consider whether there is sufficient proximity between a police officer and a suspect that he or she is investigating to establish a *prima facie* duty of care.

The most basic factor upon which the proximity analysis fixes is whether there is a relationship between the alleged wrongdoer and the victim, usually described by the words “close and direct”. This factor is not concerned with how intimate the plaintiff and defendant were or with their physical proximity, so much as with whether the *actions* of the alleged wrongdoer have a close or direct effect on the victim, such that the wrongdoer ought to have had the victim in mind as a person potentially harmed. A sufficiently close and direct connection between the actions of the wrongdoer and the victim may exist where there is a personal relationship between alleged wrongdoer and victim. However, it may also exist where there is no personal relationship between the victim and wrongdoer. In the words of Lord Atkin in *Donoghue*:

que le suspect sous enquête. De la sorte, le droit de la responsabilité délictuelle évoluera d’une manière qui tient compte des avantages de la reconnaissance d’une obligation dans une situation nouvelle qui s’y prête, mais également d’une façon suffisamment graduelle pour que le droit demeure raisonnablement certain. En outre, je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle la jurisprudence relative à la relation entre le policier et la victime ou entre le chef de police et la famille de la victime est déterminante dans la présente affaire, bien que certains éléments de l’analyse qui y est faite puissent être instructifs et s’appliquer en l’espèce. (Voir les jugements *Odhavji* et *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (C. Ont. (Div. gén.)).) Je signale que la décision *Jane Doe* a été rendue par un tribunal inférieur et que le débat perdure quant à la teneur et à la portée de la *ratio decidendi* dans cette affaire. Je n’entends pas trancher le débat dans le cadre du présent pourvoi. Malgré tout le respect que je dois à la Cour d’appel qui, dans une certaine mesure, s’est appuyée sur cette décision, j’estime en fait que cette décision n’est guère utile en l’espèce.

Cela dit, je déterminerai maintenant s’il existe entre le policier et le suspect sous enquête un lien de proximité suffisant pour établir une obligation de diligence *prima facie*.

Le critère premier est l’existence, entre l’auteur allégué de la faute et la victime, d’un lien que l’on dit habituellement « étroit et direct ». Il ne s’agit pas de déterminer le degré d’intimité ou de proximité physique entre le demandeur et le défendeur, mais bien de savoir si les *actes* de l’auteur allégué de la faute ont un effet étroit ou direct sur la victime, de sorte que cet auteur ait dû avoir vu dans la victime une personne susceptible d’être lésée. Ce lien suffisamment étroit et direct entre les actes de l’auteur allégué de la faute et la victime peut exister lorsque les intéressés se connaissent personnellement. Cependant, il peut également exister en l’absence de tout lien personnel entre eux. Pour reprendre les propos de lord Atkin dans l’arrêt *Donoghue* :

[A] duty to take due care [arises] when the person or property of one was in such proximity to the person or property of another that, if due care was not taken, damage might be done by the one to the other. I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act. [Emphasis added; p. 581.]

[TRADUCTION] [U]ne obligation de diligence raisonnable prend naissance quand une personne ou les biens d'une personne sont suffisamment proches de quelqu'un d'autre ou de ses biens pour qu'à défaut de diligence, l'une puisse causer un dommage à l'autre. Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu'on l'étend, comme je pense qu'on l'entendait, à des relations si rapprochées et si directes, que l'acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu'elle sera directement touchée par sa négligence. [Je souligne; p. 581.]

30 While not necessarily determinative, the presence or absence of a personal relationship is an important factor to consider in the proximity analysis. However, depending on the case, it may be necessary to consider other factors which may bear on the question of whether the relationship between the defendant and plaintiff is capable in principle of supporting legal liability: *Cooper*, at para. 37.

Sans être nécessairement déterminante quant à la proximité, l'existence ou l'inexistence d'un lien personnel est un facteur important. Dans certains cas, il peut cependant être nécessaire d'examiner d'autres facteurs susceptibles de jouer quant à la question de savoir si la relation entre le défendeur et le demandeur peut justifier en principe l'imposition d'une obligation légale : *Cooper*, par. 37.

31 In accordance with the usual rules governing proof of a cause of action, the plaintiff has the formal onus of establishing the duty of care: *Odhavji* and *Childs*, at para. 13, should not be read as changing this fundamental rule. Uncertainty may arise as to which factors fall to be considered at this part of the stage one analysis, and which should be reserved to the second stage “policy” portion of the analysis. The principle that animates the first stage of the *Anns* test — to determine whether the relationship is in principle sufficiently close or “proximate” to attract legal liability — governs the nature of considerations that arise at this stage. “The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant”, for example expectations, representations, reliance and the nature of the interests engaged by that relationship: *Cooper*, at paras. 30 (emphasis deleted) and 34. By contrast, the final stage of *Anns* is concerned with “residual policy considerations” which “are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally”: *Cooper*, at para. 37. In practice, there may be overlap between stage one and stage two considerations. We should not

Conformément aux règles de preuve habituelles concernant l'existence d'une cause d'action, il appartient au demandeur d'établir l'obligation de diligence : les arrêts *Odhavji* et *Childs*, par. 13, n'ont pas modifié cette règle fondamentale. On peut se demander quels facteurs doivent être examinés à cette étape du premier volet de l'analyse et lesquels doivent l'être au deuxième volet touchant aux « considérations de politique générale ». Le raisonnement qui sous-tend le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* — la relation est-elle en principe suffisamment étroite pour justifier l'imposition d'une obligation légale? — dicte la nature des facteurs pris en considération à cette étape. « L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur », comme les attentes, les déclarations, la confiance et la nature des intérêts en jeu (*Cooper*, par. 30 (soulignement omis), et par. 34). En revanche, le second volet du critère s'attache aux autres considérations de politique générale, lesquelles « ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37). En pratique,

forget that stage one and stage two of the *Anns* test are merely a means to facilitate considering what is at stake. The important thing is that in deciding whether a duty of care lies, all relevant concerns should be considered.

In this appeal, we are concerned with the relationship between an investigating police officer and a suspect. The requirement of reasonable foreseeability is clearly made out and poses no barrier to finding a duty of care; clearly negligent police investigation of a suspect may cause harm to the suspect.

Other factors relating to the relationship suggest sufficient proximity to support a cause of action. The relationship between the police and a suspect identified for investigation is personal, and is close and direct. We are not concerned with the universe of all potential suspects. The police had identified Hill as a particularized suspect at the relevant time and begun to investigate him. This created a close and direct relationship between the police and Hill. He was no longer merely one person in a pool of potential suspects. He had been singled out. The relationship is thus closer than in *Cooper* and *Edwards*. In those cases, the public officials were not acting in relation to the claimant (as the police did here) but in relation to a third party (i.e. persons being regulated) who, at a further remove, interacted with the claimants.

A final consideration bearing on the relationship is the interests it engages. In this case, personal representations and consequent reliance are absent. However, the targeted suspect has a critical personal interest in the conduct of the investigation. At stake are his freedom, his reputation and how he may spend a good portion of his life. These high interests support a finding of a proximate relationship giving rise to a duty of care.

On this point, I note that the existing remedies for wrongful prosecution and conviction

les facteurs considérés aux premier et second volets peuvent se chevaucher. Il ne faut pas oublier que ces deux volets du critère de l'arrêt *Anns* ont pour seule fonction de faciliter l'examen de ce qui est en jeu. L'important, pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, c'est de tenir compte de toutes les considérations pertinentes.

Le présent pourvoi porte sur la relation entre un policier enquêteur et un suspect. L'exigence de la prévisibilité raisonnable est clairement remplie et n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence; une enquête policière négligente peut manifestement causer un préjudice au suspect.

D'autres caractéristiques de la relation militent en faveur d'un lien de proximité suffisant pour conférer une cause d'action. La relation entre le policier et le suspect sous enquête est personnelle, étroite et directe. Il ne s'agit pas de la relation avec tous les suspects possibles. Au moment considéré, les policiers avaient identifié M. Hill comme étant le suspect, puis avaient enquêté à son sujet. Il s'est donc créé un lien étroit et direct entre les policiers et M. Hill. Ce dernier ne faisait plus seulement partie des suspects possibles, mais était désigné à titre individuel. La relation était donc plus étroite que celle considérée dans les affaires *Cooper* et *Edwards*, où l'organisme de réglementation avait un lien non pas avec le demandeur (comme les policiers en l'espèce), mais avec un tiers (la personne assujettie à la réglementation) qui interagissait par ailleurs avec le demandeur.

Un dernier facteur à considérer est celui des intérêts que met en jeu la relation. En l'espèce, les déclarations personnelles et la confiance qu'elles inspirent sont absentes. Or, le suspect sous enquête a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l'enquête. Sa liberté, sa réputation et une bonne partie de son avenir sont en jeu, et l'importance de ces intérêts permet de conclure qu'un lien de proximité fait naître une obligation de diligence.

À cet égard, je constate que les recours actuels en cas de poursuite et de déclaration de culpabilité

32

33

34

35

are incomplete and may leave a victim of negligent police investigation without legal recourse. The torts of false arrest, false imprisonment and malicious prosecution do not provide an adequate remedy for negligent acts. Government compensation schemes possess their own limits, both in terms of eligibility and amount of compensation. As the Court of Appeal pointed out, an important category of police conduct with the potential to seriously affect the lives of suspects will go unremedied if a duty of care is not recognized. This category includes “very poor performance of important police duties” and other “non-malicious category of police misconduct” (paras. 77-78). To deny a remedy in tort is, quite literally, to deny justice. This supports recognition of the tort of negligent police investigation, in order to complete the arsenal of already existing common law and statutory remedies.

injustifiées sont insuffisants et que la victime d’une enquête policière négligente peut bien n’avoir aucun recours en justice. Les délits d’arrestation illégale, de détention arbitraire et de poursuite abusive n’offrent pas de réparation adéquate en cas de négligence. Les régimes publics d’indemnisation limitent à la fois l’admissibilité et le montant de l’indemnité. Comme l’a souligné la Cour d’appel, un pan important de l’action policière susceptible d’avoir une incidence grave sur la vie d’un suspect continuera de ne donner ouverture à aucun recours si l’obligation de diligence du policier n’est pas reconnue. Mentionnons, par exemple, la [TRADUCTION] « piètre exécution d’importantes fonctions policières » et les autres « fautes policières non malveillantes » (par. 77-78). S’opposer à un recours en responsabilité délictuelle équivaut en somme à s’opposer à la justice. Il convient donc de reconnaître le délit d’enquête négligente pour compléter la gamme des recours qu’offrent déjà la common law et la loi.

36 The personal interest of the suspect in the conduct of the investigation is enhanced by a public interest. Recognizing an action for negligent police investigation may assist in responding to failures of the justice system, such as wrongful convictions or institutional racism. The unfortunate reality is that negligent policing has now been recognized as a significant contributing factor to wrongful convictions in Canada. While the vast majority of police officers perform their duties carefully and reasonably, the record shows that wrongful convictions traceable to faulty police investigations occur. Even one wrongful conviction is too many, and Canada has had more than one. Police conduct that is not malicious, not deliberate, but merely fails to comply with standards of reasonableness can be a significant cause of wrongful convictions. (See the Honourable Peter Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), at p. 10 (“Cory Report”); the Right Honourable Antonio Lamer, *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes* (2006), at p. 71; Federal/Provincial/Territorial Heads of

L’intérêt public ajoute à l’intérêt personnel qu’a le suspect dans le déroulement de l’enquête. Reconnaître un droit d’action à la victime d’une enquête policière négligente peut contribuer à remédier aux ratés du système de justice tels que les déclarations de culpabilité injustifiée et le racisme institutionnel. La triste réalité est qu’il est désormais admis que la négligence policière est une cause importante de déclaration de culpabilité injustifiée au Canada. Si la plupart des policiers exercent leurs fonctions diligemment et consciencieusement, il appert du dossier que certaines déclarations de culpabilité injustifiées sont imputables à une enquête policière négligente. Une seule déclaration de culpabilité injustifiée en est une de trop, et le Canada en compte plus d’une. Les mesures policières qui ne sont ni malveillantes ni délibérées, mais qui ne satisfont tout simplement pas aux normes de raisonabilité, peuvent être une cause importante de déclarations de culpabilité injustifiées. (Voir l’Honorable Peter Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), p. 10 (le « rapport Cory »); le très honorable Antonio Lamer, *The Lamer Commission of Inquiry into*

Prosecutions Committee Working Group, *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice* (2004); the Honourable Fred Kaufman, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), at pp. 25-26, 30-31, 34-36, 1095-96, 1098-99, 1101 and 1124.)

As Peter Cory points out, at pp. 101 and 103:

[I]f the State commits significant errors in the course of the investigation and prosecution, it should accept the responsibility for the sad consequences

. . . .

[S]ociety needs protection from both the deliberate and the careless acts of omission and commission which lead to wrongful conviction and prison.

Finally, it is worth noting that a duty of care by police officers to suspects under investigation is consistent with the values and spirit underlying the *Charter*, with its emphasis on liberty and fair process. The tort duty asserted here would enhance those values, which supports the appropriateness of its recognition.

These considerations lead me to conclude that an investigating police officer and a particular suspect are close and proximate such that a *prima facie* duty should be recognized. Viewed from the broader societal perspective, suspects may reasonably be expected to rely on the police to conduct their investigation in a competent, non-negligent manner. (See *Odhavji*, at para. 57.)

It is argued that recognition of liability for negligent investigation would produce a conflict between the duty of care that a police officer owes to a suspect and the police's officer duty to the public to prevent crime, that negates the duty of care. I do not agree. First, it seems to me doubtful that recognizing a duty of care to suspects will place police officers under incompatible obligations. Second,

the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes (2006), p. 71; Groupe de travail du Comité fédéral/provincial/territorial des chefs des poursuites pénales, *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires* (2004); l'honorable Fred Kaufman, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998), p. 29, 34-36, 39-42, 1263-1270, et 1294-1295.)

Comme le signale M. Peter Cory :

[TRADUCTION] L'État qui commet de graves erreurs pendant l'enquête et l'instance doit reconnaître sa responsabilité pour les conséquences malheureuses

. . . .

[L]a société doit être protégée contre les actes ou les omissions délibérés et négligents qui donnent lieu à des déclarations de culpabilité et à des emprisonnements injustifiés. [p. 101 et 103]

Enfin, il convient de souligner que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect sous enquête est compatible avec les valeurs et l'esprit qui sous-tendent la *Charte*, compte tenu de l'importance que celle-ci accorde à la liberté et à l'équité procédurale. L'obligation de diligence proposée en l'espèce rehausserait ces valeurs, d'où l'opportunité de la reconnaître.

Ces considérations m'amènent à conclure que le lien entre le policier enquêteur et le suspect est à ce point étroit qu'il y a lieu de reconnaître une obligation de diligence *prima facie*. Du point de vue social en général, le suspect peut à bon droit s'attendre à ce que les policiers enquêtent avec compétence et diligence. (Voir l'arrêt *Odhavji*, par. 57.)

On prétend que l'imputation d'une responsabilité pour enquête négligente créerait une contradiction rédhibitoire entre l'obligation de diligence du policier envers le suspect et son devoir public de prévenir le crime. Je ne suis pas d'accord. Premièrement, je doute que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect l'oblige à s'acquitter d'obligations contradictoires.

37

38

39

40

on the test set forth in *Cooper* and subsequent cases, conflict or potential conflict does not in itself negate a *prima facie* duty of care; the conflict must be between the novel duty proposed and an “over-arching public duty”, and it must pose a real potential for negative policy consequences. Any potential conflict that could be established here would not meet these conditions.

41 First, the argument that a duty to take reasonable care toward suspects conflicts with an over-arching duty to investigate crime is tenuous. The officer’s duty to the public is not to investigate in an unconstrained manner. It is a duty to investigate in accordance with the law. That law includes many elements. It includes the restrictions imposed by the *Charter* and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Equally, it may include tort law. The duty of investigation in accordance with the law does not conflict with the presumed duty to take reasonable care toward the suspect. Indeed, the suspect is a member of the public. As such, the suspect shares the public’s interest in diligent investigation in accordance with the law.

42 My colleague Justice Charron suggests there is a conflict between the police officer’s duty to investigate crime, on the one hand, and the officer’s duty to leave people alone. It may be that a citizen has an interest in or preference for being left alone. But I know of no authority for the proposition that an investigating police officer is under a duty to leave people alone. The proposed tort duty does not presuppose a duty to leave the citizen alone, but only a duty to investigate reasonably in accordance with the limits imposed by law.

43 Second, even if a potential conflict could be posited, that would not automatically negate the *prima facie* duty of care. The principle established in *Cooper* and its progeny is more limited. A *prima facie* duty of care will be negated only when the conflict, considered together with other relevant

Deuxièmement, suivant le critère énoncé dans l’arrêt *Cooper* et les décisions qui ont suivi, l’existence d’un conflit réel ou possible n’écarte pas en soi l’obligation de diligence *prima facie*. Le conflit doit opposer la nouvelle obligation proposée à celle existant à l’égard « des intérêts supérieurs du public » et présenter un risque réel de conséquences négatives sur le plan des politiques. Nul conflit potentiel susceptible d’être établi en l’espèce ne respecte ces conditions.

Premièrement, l’argument selon lequel l’obligation de faire preuve d’une diligence raisonnable envers le suspect s’oppose au devoir général d’enquêter sur les crimes est peu convaincant. Le policier n’a pas toute latitude pour s’acquitter de son obligation envers le public. Il doit enquêter conformément aux règles de droit, qui sont multiples et englobent notamment les restrictions prescrites par la *Charte* et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À ces règles peut s’ajouter le droit de la responsabilité délictuelle. Le devoir d’enquêter conformément aux règles de droit n’entre pas en conflit avec l’obligation présumée de faire preuve de diligence raisonnable envers le suspect. D’ailleurs, le suspect est un citoyen et, à ce titre, il partage l’intérêt du public dans la tenue d’enquêtes diligentes et respectueuses de la loi.

Selon ma collègue la juge Charron, l’obligation du policier d’enquêter sur les crimes s’opposerait à celle qui lui incombe de ne pas importuner les gens. Il se peut qu’un citoyen ait intérêt à ne pas être importuné ou qu’il préfère ne pas l’être. Cependant, pour autant que je sache, aucune source n’étaye l’affirmation selon laquelle un enquêteur a l’obligation de ne pas importuner les gens. L’obligation de diligence proposée ne présuppose pas l’obligation de ne pas importuner les citoyens, mais seulement celle d’enquêter convenablement dans le respect des limites prescrites par la loi.

Deuxièmement, même si un conflit possible pouvait être établi, l’obligation de diligence *prima facie* ne s’en trouverait pas automatiquement écartée. Le principe dégagé dans l’arrêt *Cooper* et les décisions rendues dans sa foulée a une portée plus limitée. L’obligation de diligence *prima facie* n’est

policy considerations, gives rise to a real potential for negative policy consequences. This reflects the view that a duty of care in tort law should not be denied on speculative grounds. *Cooper* illustrates this point. The proposed duty was rejected on the basis, not of mere conflict, but a conflict that would “come at the expense of other important interests, of efficiency and finally at the expense of public confidence in the system as a whole” (para. 50). Not only was there a conflict, but a conflict that would engender serious negative policy consequences. In this case, the situation is otherwise. Requiring police officers to take reasonable care toward suspects in the investigation of crimes may have positive policy ramifications. Reasonable care will reduce the risk of wrongful convictions and increase the probability that the guilty will be charged and convicted. By contrast, the potential for negative repercussions is dubious. Acting with reasonable care to suspects has not been shown to inhibit police investigation, as discussed more fully in connection with the argument on chilling effect.

In a variant on this argument, it is submitted that in a world of limited resources, recognizing a duty of care on police investigating crimes to a suspect will require the police to choose between spending resources on investigating crime in the public interest and spending resources in a manner that an individual suspect might conceivably prefer. The answer to this argument is that the standard of care is based on what a reasonable police officer would do in similar circumstances. The fact that funds are not unlimited is one of the circumstances that must be considered. Another circumstance that must be considered, however, is that the effective and responsible investigation of crime is one of the basic duties of the state, which cannot be abdicated. A standard of care that takes these two considerations into account will recognize what can reasonably be accomplished within a responsible and realistic financial framework.

écartée que lorsque le conflit, ainsi que les autres considérations de politique générale applicables, présente un risque réel de conséquences négatives sur le plan des politiques. En effet, il ne faut pas refuser de reconnaître une obligation de diligence pour des raisons hypothétiques. L'arrêt *Cooper* le montre bien. Dans cette affaire, l'obligation proposée n'a pas été écartée simplement parce qu'il y avait conflit, mais bien parce qu'il y avait conflit « aux dépens d'autres intérêts importants, de l'efficacité et, enfin, de la confiance que le public éprouve à l'égard du système dans son ensemble » (par. 50). Non seulement il y avait conflit, mais le conflit aurait eu des conséquences négatives sur le plan de la politique. En l'espèce, la situation est différente. L'obligation du policier de faire preuve de diligence raisonnable envers le suspect lorsqu'il enquête sur un crime peut avoir des répercussions positives sur le plan de la politique. Elle réduira le risque de déclarations de culpabilité injustifiées et accroîtra la probabilité que le coupable soit inculqué puis reconnu coupable. À l'opposé, il est permis de douter de ses effets négatifs éventuels. Il n'a pas été démontré que la diligence raisonnable envers le suspect entrave le policier dans son enquête. J'y reviendrai plus en détail relativement à l'effet paralysant allégué.

Une variante de cette thèse veut que dans le contexte de ressources limitées, l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect lorsqu'il enquête sur un crime obligerait la police à affecter ses ressources soit aux enquêtes sur les crimes dans l'intérêt public, soit à la prise de mesures dans l'intérêt des suspects individuels. Comme la norme de diligence tient à ce que ferait le policier raisonnable placé dans la même situation, l'argument ne tient pas. La limitation des ressources est une circonstance à considérer, mais il en est une autre : au nombre des obligations fondamentales de l'État figure celle d'enquêter véritablement et consciencieusement sur les crimes, à laquelle il ne peut se soustraire. Une norme de diligence qui tient compte de ces deux considérations reconnaît ce qui peut raisonnablement être accompli à l'intérieur d'un cadre financier responsable et réaliste.

45 I conclude that the relationship between a police officer and a particular suspect is close enough to support a *prima facie* duty of care.

(b) *Policy Considerations Negating the Prima Facie Duty of Care*

46 The second stage of the *Anns* test asks whether there are broader policy reasons for declining to recognize a duty of care owed by the defendant to the plaintiff. Even though there is sufficient foreseeability and proximity of relationship to establish a *prima facie* duty of care, are there policy considerations which negate or limit that duty of care?

47 In this case, negating conditions have not been established. No compelling reason has been advanced for negating a duty of care owed by police to particularized suspects being investigated. On the contrary, policy considerations support the recognition of a duty of care.

48 The respondents and interveners representing the Attorneys General of Ontario and Canada and various police associations argue that the following policy considerations negate a duty of care: the “quasi-judicial” nature of police work; the potential for conflict between a duty of care in negligence and other duties owed by police; the need to recognize a significant amount of discretion present in police work; the need to maintain the standard of reasonable and probable grounds applicable to police conduct; the potential for a chilling effect on the investigation of crime; and the possibility of a flood of litigation against the police. In approaching these arguments, I proceed on the basis that policy concerns raised against imposing a duty of care must be more than speculative; a real potential for negative consequences must be apparent. Judged by this standard, none of these considerations provide a convincing reason for rejecting a duty of care on police to a suspect under investigation.

Je conclus que la relation entre un policier et un suspect individuel est suffisamment étroite pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*.

b) *Considérations de politique générale militantes contre l'obligation de diligence prima facie*

Suivant le deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*, il faut se demander si des raisons de principe justifient le refus d'imposer au défendeur une obligation de diligence envers le demandeur. Même s'il existe une prévisibilité et un lien de proximité suffisants pour établir une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de politique générale écartent-elles ou limitent-elles cette obligation?

L'existence de telles considérations n'est pas démontrée en l'espèce. Aucun argument convaincant n'est avancé pour écarter l'obligation de diligence du policier envers le suspect individuel sous enquête. Au contraire, des considérations de politique générale militent en faveur de la reconnaissance d'une obligation de diligence.

Les intimés et les intervenants qui représentent le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Canada et diverses associations policières font valoir que les considérations de politique générale suivantes écartent l'obligation de diligence : la nature « quasi-judiciaire » du travail policier, le risque de conflit entre l'obligation de diligence du policier et ses autres obligations, le rôle important du pouvoir discrétionnaire dans le travail policier, l'application nécessaire de la norme des motifs raisonnables et probables à la conduite des policiers, le risque d'effet paralysant sur les enquêtes criminelles et le risque que d'innombrables poursuites soient intentées contre des policiers. Je pars du principe que toute considération de politique générale invoquée à l'encontre de l'imposition d'une obligation de diligence ne doit pas être qu'hypothétique; le risque réel de conséquences négatives doit être manifeste. Au regard de cette exigence, aucune des considérations avancées n'offre un motif convaincant d'écarter l'obligation de diligence du policier envers le suspect sous enquête.

(i) The “Quasi-Judicial” Nature of Police Duties

It was argued that the decision of police to pursue the investigation of a suspect on the one hand, or close it on the other, is a quasi-judicial decision, similar to that taken by the state prosecutor. It is true that both police officers and prosecutors make decisions that relate to whether the suspect should stand trial. But the nature of the inquiry differs. Police are concerned primarily with gathering and evaluating evidence. Prosecutors are concerned mainly with whether the evidence the police have gathered will support a conviction at law. The fact-based investigative character of the police task distances it from a judicial or quasi-judicial role.

The possibility of holding police civilly liable for negligent investigation does not require them to make judgments as to legal guilt or innocence before proceeding against a suspect. Police are required to weigh evidence to some extent in the course of an investigation: *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474. But they are not required to evaluate evidence according to legal standards or to make legal judgments. That is the task of prosecutors, defence attorneys and judges. This distinction is properly reflected in the standard of care imposed, once a duty is recognized. The standard of care required to meet the duty is not that of a reasonable lawyer or judge, but that of a reasonable *police officer*. Where the police investigate a suspect reasonably, but lawyers, judges or prosecutors act unreasonably in the course of determining his legal guilt or innocence, then the police officer will have met the standard of care and cannot be held liable either for failing to perform the job of a lawyer, judge or prosecutor, or for the unreasonable conduct of other actors in the criminal justice system.

(ii) Discretion

The discretion inherent in police work fails to provide a convincing reason to negate the proposed duty of care. It is true that police investigation

(i) La nature « quasi-judiciaire » des fonctions policières

Il est allégué que la décision de poursuivre l'enquête policière sur un suspect, ou d'y mettre fin, est une décision quasi-judiciaire apparentée à celle que prend le poursuivant public. Il est vrai que policiers et poursuivants prennent des décisions quant à l'opportunité de traduire le suspect en justice. Mais la nature de la démarche diffère. Le policier cherche avant tout à recueillir la preuve et à la soupeser. Le poursuivant s'attache essentiellement à déterminer si cette preuve étaye en droit une déclaration de culpabilité. La fonction policière se distingue de la fonction judiciaire ou quasi-judiciaire en ce qu'elle s'attache aux faits.

Le fait qu'il s'expose à la responsabilité civile en cas d'enquête négligente n'exige pas du policier qu'il se prononce sur la culpabilité ou l'innocence du suspect avant de l'inculper. Il doit apprécier la preuve jusqu'à un certain point dans le cadre de l'enquête : *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474. Mais il n'a pas à le faire en fonction de normes juridiques ni à tirer des conclusions en droit. C'est là le rôle du poursuivant, de l'avocat de la défense et du juge. Cette distinction se reflète parfaitement dans la norme de diligence applicable une fois l'obligation reconnue. La norme de diligence à laquelle le policier doit satisfaire pour s'acquitter de son obligation n'est pas celle de l'avocat ou du juge raisonnable, mais bien celle du *policier* raisonnable. Le policier qui enquête sur un suspect de manière raisonnable, même lorsque l'avocat, le juge ou le poursuivant agit déraisonnablement pour déterminer la culpabilité ou l'innocence du suspect, respecte la norme de diligence et ne peut se voir reprocher son omission de jouer le rôle de ces autres acteurs du système de justice pénale, non plus que leur comportement déraisonnable.

(ii) Pouvoir discrétionnaire

Le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier ne constitue pas un motif convaincant d'écarter l'obligation de diligence proposée.

49

50

51

involves significant discretion and that police officers are professionals trained to exercise this discretion and investigate effectively. However, the discretion inherent in police work is taken into account in formulating the *standard* of care, not whether a duty of care arises. The discretionary nature of police work therefore provides no reason to deny the existence of a duty of care in negligence.

52 Police, like other professionals, exercise professional discretion. No compelling distinction lies between police and other professionals on this score. Discretion, hunch and intuition have their proper place in police investigation. However, to characterize police work as completely unpredictable and unbound by standards of reasonableness is to deny its professional nature. Police exercise their discretion and professional judgment in accordance with professional standards and practices, consistent with the high standards of professionalism that society rightfully demands of police in performing their important and dangerous work.

53 Police are not unlike other professionals in this respect. Many professional practitioners exercise similar levels of discretion. The practices of law and medicine, for example, involve discretion, intuition and occasionally hunch. Professionals in these fields are subject to a duty of care in tort nonetheless, and the courts routinely review their actions in negligence actions without apparent difficulty.

54 Courts are not in the business of second-guessing reasonable exercises of discretion by trained professionals. An appropriate standard of care allows sufficient room to exercise discretion without incurring liability in negligence. Professionals are permitted to exercise discretion. What they are not permitted to do is to exercise their discretion unreasonably. This is in the public interest.

Certes, l'enquête policière suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire appréciable et le policier est un professionnel formé pour exercer ce pouvoir et enquêter efficacement. Or, le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier doit être pris en considération pour formuler la *norme* de diligence, et non pour déterminer s'il y a ou non une obligation de diligence. Le caractère discrétionnaire du travail policier ne justifie donc pas d'écarter l'obligation de diligence.

À l'instar des membres d'autres professions, le policier exerce un pouvoir discrétionnaire professionnel. Aucun élément décisif ne le distingue à cet égard des autres professionnels. Discernement, instinct et intuition jouent leur rôle dans l'enquête policière. Toutefois, tenir le travail policier pour totalement imprévisible et affranchi des normes de raisonabilité équivaut à nier son caractère professionnel. Dans l'exercice de ses fonctions à la fois importantes et périlleuses, le policier exerce son pouvoir discrétionnaire et son jugement professionnel selon les normes et les pratiques établies à l'égard de sa profession et il le fait dans le respect des normes élevées de professionnalisme exigé à bon droit par la société.

Sous ce rapport, le policier n'est pas différent des autres professionnels, bon nombre d'entre eux exerçant un pouvoir discrétionnaire semblable. L'exercice du droit ou de la médecine, par exemple, fait appel au discernement, à l'intuition et, parfois, à l'instinct. Dans ces domaines, le professionnel a néanmoins une obligation de diligence et voit régulièrement ses actes contrôlés par les tribunaux dans le cadre d'actions pour négligence, sans que cela ne présente apparemment de difficulté.

Il n'appartient pas au tribunal d'apprécier après coup l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire d'un professionnel compétent. Une norme de diligence appropriée offre au policier une latitude suffisante pour exercer ce pouvoir discrétionnaire sans engager sa responsabilité pour négligence. Les professionnels sont admis à exercer un pouvoir discrétionnaire. Ce qu'ils ne peuvent faire, c'est l'exercer de manière déraisonnable. Il en va de l'intérêt général.

(iii) Confusion with the Standard of Care for Arrest

Recognizing a duty of care in negligence by police to suspects does not raise the standard required of the police from reasonable and probable grounds to some higher standard, as alleged. The requirement of reasonable and probable grounds for arrest and prosecution informs the standard of care applicable to some aspects of police work, such as arrest and prosecution, search and seizure, and the stopping of a motor vehicle. A flexible standard of care appropriate to the circumstances, discussed more fully below, answers this concern.

(iv) Chilling Effect

It has not been established that recognizing a duty of care in tort would have a chilling effect on policing, by causing police officers to take an unduly defensive approach to investigation of criminal activity. In theory, it is conceivable that police might become more careful in conducting investigations if a duty of care in tort is recognized. However, this is not necessarily a bad thing. The police officer must strike a reasonable balance between cautiousness and prudence on the one hand, and efficiency on the other. Files must be closed, life must move on, but care must also be taken. All of this is taken into account, not at the stage of determining whether police owe a duty of care to a particular suspect, but in determining what the standard of that care should be.

The record does not support the conclusion that recognizing potential liability in tort significantly changes the behaviour of police. Indeed, some of the evidence suggests that tort liability has no adverse effect on the capacity of police to investigate crime. This supports the conclusion of the majority in the Court of Appeal below that the “chilling effect” scenario remains speculative and that concern about preventing a “chilling effect” on the investigation of crime is not (on the basis of present knowledge) a convincing policy

(iii) Confusion avec la norme de diligence applicable en matière d'arrestation

Malgré l'allégation formulée en ce sens, l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect n'a pas pour effet de l'assujettir à une norme plus stricte que celle de l'existence de motifs raisonnables et probables. L'exigence de tels motifs pour l'arrestation et l'inculpation d'un individu détermine la norme de diligence qui s'applique à certains aspects du travail policier, tels que l'arrestation et l'inculpation, la fouille, la perquisition ou la saisie, de même que l'interception d'un véhicule. Une norme de diligence souple et adaptée à la situation — sur laquelle je reviendrai — permet de réfuter cette allégation.

(iv) Effet paralysant

Il n'a pas été établi que l'imposition d'une obligation de diligence aurait un effet paralysant sur le travail policier en ce qu'elle inciterait le policier à faire preuve de précaution excessive lors de l'enquête sur un crime. Il est théoriquement concevable que les policiers deviennent plus prudents dans leurs enquêtes si on leur impose une obligation de diligence. Toutefois, ce n'est pas nécessairement une mauvaise chose. Le policier doit établir un juste équilibre entre la précaution et la prudence, d'une part et l'efficacité, d'autre part. Les dossiers doivent être réglés, la vie doit suivre son cours, mais la prudence s'impose néanmoins. Toutes ces considérations importent non pas pour déterminer si la police a une obligation de diligence envers le suspect, mais bien pour décider de la norme de diligence applicable.

Le dossier ne permet pas de conclure que l'imputation d'une éventuelle responsabilité délictuelle modifiera sensiblement le comportement des policiers. En effet, certains éléments de la preuve indiquent que la responsabilité délictuelle n'entrave pas l'enquête policière criminelle. Ils appuient la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle « l'effet paralysant » sur l'enquête criminelle demeure hypothétique et le souci de prévenir cet effet n'est pas (eu égard aux connaissances actuelles) une considération

55

56

57

rationale for negating a duty of care (para. 63). (For a sampling of the empirical evidence on point, see e.g.: A. H. Garrison, “Law Enforcement Civil Liability Under Federal Law and Attitudes on Civil Liability: A Survey of University, Municipal and State Police Officers” (1995), 18 *Police Stud.* 19; T. Hughes, “Police officers and civil liability: ‘the ties that bind’?” (2001), 24 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 240, at pp. 253-54, 256 and 257-58; M. S. Vaughn, T. W. Cooper and R. V. del Carmen, “Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs’ Views” (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3; D. E. Hall et al., “Suing cops and corrections officers: Officer attitudes and experiences about civil liability” (2003), 26 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 529, at pp. 544-45.) Whatever the situation may have been in the United Kingdom (see *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)), the studies adduced in this case do not support the proposition that recognition of tort liability for negligent police investigation will impair it.

de politique générale justifiant d’écarter l’obligation de diligence (par. 63). (Pour un aperçu de la preuve empirique sur ce point, voir p. ex., A. H. Garrison, « Law Enforcement Civil Liability Under Federal Law and Attitudes on Civil Liability : A Survey of University, Municipal and State Police Officers » (1995), 18 *Police Stud.* 19; T. Hughes, « Police officers and civil liability : “the ties that bind”? » (2001), 24 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 240, p. 253-254, 256, 257 et 258; M. S. Vaughn, T. W. Cooper et R. V. del Carmen, « Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement : Police Chiefs’ Views » (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3; D. E. Hall et autres, « Suing cops and corrections officers : Officer attitudes and experiences about civil liability » (2003), 26 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 529, p. 544-545.) Quelle qu’ait pu être la situation au Royaume-Uni (voir *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)), les études versées au dossier ne permettent pas de conclure que l’imputation d’une responsabilité délictuelle pour enquête policière négligente empirerait les choses.

58

The lack of evidence of a chilling effect despite numerous studies is sufficient to dispose of the suggestion that recognition of a tort duty would motivate prudent officers not to proceed with investigations “except in cases where the evidence is overwhelming” (Charron J., at para. 152). This lack of evidence should not surprise us, given the nature of the tort. All the tort of negligent investigation requires is that the police act reasonably in the circumstances. It is reasonable for a police officer to investigate in the absence of overwhelming evidence — indeed evidence usually becomes overwhelming only by the process of investigation. Police officers can investigate on whatever basis and in whatever circumstances they choose, provided they act reasonably. The police need not let all but clearly impaired drivers go to avoid the risk of litigation, as my colleague suggests. They need only act reasonably. They may arrest or demand a breath sample if they have reasonable and probable

L’absence de preuve d’un effet paralysant, malgré les nombreuses études, réfute la prétention que la reconnaissance d’une responsabilité délictuelle inciterait le policier prudent à ne poursuivre l’enquête « que si la preuve est accablante » (la juge Charron, par. 152). Vu la nature du délit, cette absence de preuve n’est pas pour nous surprendre. Le délit d’enquête négligente fait seulement en sorte que le policier doive agir raisonnablement dans les circonstances. Il est raisonnable que le policier enquête même si la preuve n’est pas accablante, car elle ne le devient habituellement que grâce à l’enquête. Les policiers peuvent enquêter quels que soient les motifs et les circonstances qui les y incitent, pourvu qu’ils agissent raisonnablement. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue, ils ne devront pas, pour échapper à toute responsabilité éventuelle, se contenter d’intercepter les conducteurs dont les facultés sont manifestement affaiblies. Ils n’auront qu’à agir

grounds. And where such grounds are absent, they may have recourse to statutorily authorized roadside tests and screening.

It should also be noted that many police officers (like other professionals) are indemnified from personal civil liability in the course of exercising their professional duties, reducing the prospect that their fear of civil liability will chill crime prevention.

(v) Flood of Litigation

Recognizing sufficient proximity in the relationship between police and suspect to ground a duty of care does not open the door to indeterminate liability. Particularized suspects represent a limited category of potential claimants. The class of potential claimants is further limited by the requirement that the plaintiff establish compensable injury caused by a negligent investigation. Treatment rightfully imposed by the law does not constitute compensable injury. These considerations undermine the spectre of a glut of jailhouse lawsuits for negligent police investigation.

The record provides no basis for concluding that there will be a flood of litigation against the police if a duty of care is recognized. As the Court of Appeal emphasized, the evidence from the Canadian experience seems to be to the contrary (majority reasons, at para. 64). Quebec and Ontario have both recognized police liability in negligence (or the civil law equivalent) for many years, and there is no evidence that the floodgates have opened and a large number of lawsuits against the police have resulted. (See the majority reasons in the Court of Appeal, at para. 64.) The best that can be said from the record is that recognizing a duty of care owed by police officers to particular suspects led to a relatively small number of lawsuits, the cost of which are unknown, with effects on the police that have not been measured. This is not enough to negate the *prima facie* duty of care established at the first stage of the *Anns* test.

raisonnablement. Ils peuvent arrêter une personne ou lui ordonner de fournir un échantillon d'haleine s'ils ont des motifs raisonnables et probables de le faire. À défaut de tels motifs, ils peuvent recourir aux contrôles routiers autorisés par la loi.

Il convient aussi de signaler qu'à l'instar d'autres professionnels, bon nombre de policiers bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions d'une protection contre la responsabilité civile, ce qui diminue le risque que leur crainte d'engager leur responsabilité personnelle ait un effet paralysant sur leurs activités de prévention du crime.

(v) Déferlement de poursuites

Reconnaître que la relation entre le policier et le suspect est suffisamment étroite pour fonder une obligation de diligence n'ouvre pas la voie à une responsabilité indéterminée. Les suspects individuels forment une catégorie limitée de demandeurs possibles, une catégorie également restreinte par le fait que le demandeur doit établir que l'enquête négligente lui a infligé un préjudice indemnisable. Un traitement imposé à bon droit par la loi ne saurait constituer un préjudice indemnisable. Il est donc peu probable que les prisonniers multiplient les poursuites pour enquête policière négligente.

Le dossier ne permet pas de conclure que les policiers s'exposent à un déluge de poursuites s'ils se voient imposer une obligation de diligence. Comme l'a souligné la Cour d'appel, la réalité canadienne semble montrer le contraire (motifs des juges majoritaires, par. 64). Depuis de nombreuses années, le Québec et l'Ontario reconnaissent la responsabilité policière pour négligence (ou son équivalent en droit civil) et rien n'indique que les poursuites contre les policiers se sont multipliées (motifs des juges majoritaires, par. 64). Au vu du dossier, on peut affirmer tout au plus que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect a donné lieu à un nombre relativement minime de poursuites dont le coût et les effets sur la police demeurent indéterminés. Cela ne suffit pas pour écarter l'obligation de diligence *prima facie* établie à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*.

59

60

61

(vi) The Risk that Guilty Persons Who Are Acquitted May Unjustly Recover in Tort(vi) Le risque qu'une personne coupable acquittée obtienne indûment réparation

62 My colleague Charron J. (at paras. 156 ff.) states that recognizing tort liability for negligent police investigation raises the possibility that persons who have been acquitted of the crime investigated and charged, but who are in fact guilty, may recover against an officer for negligent investigation. This, she suggests, would be unjust.

Ma collègue la juge Charron affirme que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour enquête policière négligente comporte le risque que la personne qui a été acquittée du crime pour lequel elle a fait l'objet d'une enquête puis d'une inculpation, alors qu'elle était en fait coupable, poursuive les policiers et obtienne une indemnité (par. 156 et suiv.). Ce serait selon elle injuste.

63 This possibility of “injustice” — if indeed that is what it is — is present in any tort action. A person who recovers against her doctor for medical malpractice may, despite having proved illness in court, have in fact been malingering. Or, despite having convinced the judge on a balance of probabilities that the doctor's act caused her illness, it may be that the true source of the problem lay elsewhere. The legal system is not perfect. It does its best to arrive at the truth. But it cannot discount the possibility that a plaintiff who has established a cause of action may “factually”, if we had means to find out, not have been entitled to recover. The possibility of error may be greater in some circumstances than others. However, I know of no case where this possibility has led to the conclusion that tort recovery for negligence should be denied.

Ce risque d'« injustice » — si c'est bien ce dont il s'agit — est inhérent à toute action en responsabilité délictuelle. Il peut arriver que la personne qui poursuit son médecin pour faute médicale simule en fait sa maladie malgré la preuve qu'elle en fait devant le tribunal. Et même si, selon la prépondérance des probabilités, elle convainc le juge que sa maladie est imputable à un acte du médecin, il se peut qu'elle ait en fait une autre origine. Le système de justice n'est pas infallible : il fait de son mieux pour établir la vérité, mais il ne peut écarter la possibilité qu'un demandeur ayant établi une cause d'action n'ait pas « réellement » droit à une indemnité (à supposer que l'on puisse le déterminer). Le risque d'erreur peut être plus grand dans certaines circonstances. Or, je ne connais pas de situation dans laquelle ce risque a mené à la conclusion que le droit d'action en responsabilité délictuelle pour négligence devrait être écarté.

64 The answer to the ever-present possibility of erroneous awards of damages lies elsewhere, it seems to me. The first safeguard is the requirement that the plaintiff prove every element of his or her case. Any suspect suing the police bears the burden of showing that police negligence in the course of an investigation caused harm compensable at law. This means that the suspect must establish through evidence that the damage incurred, be it a conviction, imprisonment, prosecution or other compensable harm, would not have been suffered but for the police's negligent investigation. Evidence going to the factual guilt or innocence of the suspect, including the results of any criminal proceedings that may have occurred, may be relevant to this causation inquiry. It is not necessary to

Selon moi, il y a d'autres moyens de contrer le risque toujours présent qu'une indemnité soit accordée à tort. Le premier est d'exiger que le demandeur prouve chacun des éléments de la responsabilité qu'il allègue. Le suspect qui poursuit la police doit établir que la négligence dont celle-ci a fait preuve dans son enquête lui a causé un préjudice indemnisable en droit. Il doit donc faire la preuve que, n'eût été l'enquête négligente, il n'aurait pas subi le préjudice causé par la déclaration de culpabilité, l'emprisonnement, la poursuite ou l'autre mesure ouvrant droit à indemnisation. La preuve relative à la culpabilité ou à l'innocence réelle du suspect, y compris les conclusions de toute instance criminelle, peut être prise en compte pour déterminer le lien de causalité. Il n'est pas nécessaire de décider

decide here whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence in a subsequent civil trial. Existing authority is equivocal: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. (I note that in the United States, victims may recover damages against a defendant who has been acquitted in criminal proceedings: *Rufo v. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (Ct. App. 2001).) The second safeguard is the right of appeal. These safeguards, not the categorical denial of the right to sue in tort, are the law's response to the ever-present possibility of error in the legal process.

I conclude that no compelling policy reason has been shown to negate the *prima facie* duty of care.

2. Standard of Care

Two issues arise: What is the appropriate standard of care? and Was that standard met on the facts of this case?

(a) *The Appropriate Standard of Care for the Tort of Negligent Investigation*

Both the trial judge and the Court of Appeal adopted the standard of the reasonable police officer in like circumstances as the standard that is generally appropriate in cases of alleged negligent investigation. I agree that this is the correct standard.

A number of considerations support the conclusion that the standard of care is that of a reasonable police officer in all the circumstances. First, the standard of a reasonable police officer in all the circumstances provides a flexible overarching standard that covers all aspects of investigatory police work and appropriately reflects its realities. The particular conduct required is informed by the stage of the investigation and applicable legal considerations. At the outset of an investigation, the police may have little more than hearsay, suspicion and a hunch. What is required is that they act as a reasonable investigating officer would in those circumstances. Later, in laying charges, the standard

en l'espèce si l'acquittement doit être considéré comme une preuve d'innocence concluante pour les besoins d'une instance civile. La jurisprudence actuelle est équivoque : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. (Je signale qu'aux États-Unis, la victime peut réclamer des dommages-intérêts au défendeur acquitté au terme d'un procès criminel : *Rufo c. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (Ct. App. 2001).) La seconde mesure de protection est le droit d'appel. Ces garanties, et non le refus catégorique du droit d'intenter une action délictuelle, sont les moyens qu'offre la justice pour contrer le risque constant d'erreur judiciaire.

Je conclus qu'aucune raison de principe ne justifie d'écarter l'obligation de diligence *prima facie*.

2. Norme de diligence

Deux questions se posent : quelle est la norme de diligence appropriée et cette norme a-t-elle été respectée en l'espèce?

a) *La norme de diligence applicable pour les besoins du délit d'enquête négligente*

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont considéré que la norme du policier raisonnable placé dans la même situation s'appliquait généralement en cas d'allégation d'enquête négligente. Je conviens qu'il s'agit de la norme appropriée.

Un certain nombre d'éléments étayent la conclusion selon laquelle la norme de diligence est celle du policier raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Premièrement, il s'agit d'une norme à la fois générale et souple valant pour tous les aspects du travail d'enquête du policier et tenant dûment compte de sa réalité. La conduite qui s'impose dépend du stade de l'enquête et des considérations juridiques applicables. Il se peut qu'au début de l'enquête, les policiers n'aient qu'une preuve par ouï-dire, un soupçon et une intuition. Il leur faut alors agir comme le feraient des enquêteurs raisonnables placés dans la même situation. À l'étape ultérieure de l'inculpation, la norme est éclairée par

is informed by the legal requirement of reasonable and probable grounds to believe the suspect is guilty; since the law requires such grounds, a police officer acting reasonably in the circumstances would insist on them. The reasonable officer standard entails no conflict between criminal standards (Charron J., at para. 175). Rather, it incorporates them, in the same way it incorporates an appropriate degree of judicial discretion, denies liability for minor errors or mistakes and rejects liability by hindsight. In all these ways, it reflects the realities of police work.

l'exigence légale de motifs raisonnables et probables de croire à la culpabilité du suspect; puisque la loi lui fait obligation d'avoir de tels motifs, le policier raisonnable dans les circonstances s'assurera d'en avoir. La norme du policier raisonnable n'a pas pour effet de rendre les normes criminelles contradictoires entre elles (la juge Charron, par. 175). Au contraire, elle les intègre, tout comme elle intègre la latitude judiciaire nécessaire, elle écarte la responsabilité pour l'erreur sans gravité et elle rejette la responsabilité établie à l'issue d'une appréciation a posteriori. De la sorte, elle tient compte de la réalité du travail policier.

69 Second, as mentioned, the general rule is that the standard of care in negligence is that of the reasonable person in similar circumstances. In cases of professional negligence, this rule is qualified by an additional principle: where the defendant has special skills and experience, the defendant must “live up to the standards possessed by persons of reasonable skill and experience in that calling”. (See L. N. Klar, *Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 306.) These principles suggest the standard of the reasonable officer in like circumstances.

Deuxièmement, je le répète, la règle générale veut que la norme de diligence applicable en matière de négligence soit celle de la personne raisonnable placée dans la même situation. Dans le cas de la négligence professionnelle, cette règle se double d'un autre principe : le défendeur qui possède compétences et expérience dans un domaine en particulier doit [TRADUCTION] « se montrer à la hauteur des exigences auxquelles satisfont les personnes dotées de compétences et d'une expérience raisonnables dans ce domaine ». (Voir L. N. Klar, *Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 306.) Ces principes appellent l'application de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

70 Third, the common law factors relevant to determining the standard of care confirm the reasonable officer standard. These factors include: the likelihood of known or foreseeable harm, the gravity of harm, the burden or cost which would be incurred to prevent the injury, external indicators of reasonable conduct (including professional standards) and statutory standards. (See *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at p. 227.) These factors suggest a standard of reasonableness, not something less onerous. There is a significant likelihood that police officers may cause harm to suspects if they investigate negligently. The gravity of the potential harm caused is serious. Suspects may be arrested or imprisoned, their livelihoods affected and their reputations irreparably damaged. The cost of preventing the injury, in comparison, is not undue. Police meet a standard of reasonableness by merely

Troisièmement, les facteurs considérés en common law pour déterminer la norme de diligence applicable confirment qu'il s'agit de la norme du policier raisonnable. Ces facteurs englobent la probabilité d'un préjudice connu ou prévisible, la gravité du préjudice, le coût de la prévention du préjudice, les critères externes de raisonabilité de la conduite (y compris les normes professionnelles) et les normes légales (voir les arrêts *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, et *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 227). Ces facteurs donnent à penser que c'est une norme de raisonabilité, et non une norme moins stricte, qui s'applique. Le risque que le policier cause un préjudice au suspect s'il enquête de façon négligente est grand. Le préjudice susceptible d'être infligé est grave. Un suspect peut être arrêté ou emprisonné, ses moyens de subsistance peuvent être compromis et sa réputation peut être entachée à jamais. En

doing what a reasonable police officer would do in the same circumstances — by living up to accepted standards of professional conduct to the extent that it is reasonable to expect in given circumstances. This seems neither unduly onerous nor overly costly. It must be supposed that professional standards require police to act professionally and carefully, not just to avoid gross negligence. The statutory standards imposed by the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, although not definitive of the standard of care, are instructive (s. 1).

Fourth, the nature and importance of police work reinforce a standard of the reasonable officer in similar circumstances. Police conduct has the capacity to seriously affect individuals by subjecting them to the full coercive power of the state and impacting on their reputations and standing in the community. It follows that police officers should perform their duties reasonably. It has thus been recognized that police work demands that society (including the courts) impose and enforce high standards on police conduct (Cory Report, at p. 10). This supports a reasonableness standard, judged in the context of a similarly situated officer. A more lenient standard is inconsistent with the standards that society and the law rightfully demand of police in the performance of their crucially important work.

Finally, authority supports the standard of the reasonable police officer similarly placed. The preponderance of case law dealing with professionals has applied the standard of the reasonably competent professional in like circumstances. (See Klar, at p. 349; see also the reasons of the trial judge at para. 63.) The Quebec Court of Appeal has twice stated that the standard is the ordinarily competent officer in like circumstances (*Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, at para. 59, and *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720, at para. 41).

comparaison, le coût de la prévention du préjudice n'est pas excessif. Le policier respecte la norme de raisonnable en agissant simplement comme le ferait un policier raisonnable placé dans la même situation — c'est-à-dire en se montrant à la hauteur des normes de conduite professionnelle établies dans la mesure qu'exige raisonnablement la situation. Cela ne semble ni trop sévère, ni trop coûteux. Il faut supposer que les normes professionnelles exigent des policiers qu'ils agissent avec professionnalisme et prudence, pas seulement qu'ils évitent les fautes graves. Bien qu'elles ne soient pas concluantes quant à la norme de diligence applicable, les normes établies par la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, sont instructives (art. 1).

Quatrièmement, la nature et l'importance du travail policier militent en faveur de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Par ses actes, le policier peut porter gravement atteinte à une personne en la soumettant au pouvoir coercitif de l'État et en compromettant sa réputation et son statut social. Il doit donc agir raisonnablement dans l'exercice de ses fonctions. C'est pourquoi il a été reconnu que le travail policier exige de la société (y compris les tribunaux) qu'elle assujettisse les policiers à des normes de conduite strictes (rapport Cory, p. 10). D'où l'application d'une norme de raisonnable, sous l'angle du policier placé dans la même situation. Une norme moins stricte est incompatible avec les exigences auxquelles la société et le droit assujettissent à juste titre les policiers dans l'exercice de leurs fonctions éminemment importantes.

Enfin, la jurisprudence appuie l'application de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La majorité des décisions de justice visant des professionnels appliquent la norme du professionnel raisonnablement compétent placé dans la même situation (voir Klar, p. 349; jugement de première instance, par. 63). La Cour d'appel du Québec a confirmé à deux reprises l'application de la norme du policier normalement compétent placé dans les mêmes circonstances (*Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, par. 59; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, par. 41).

71

72

73

I conclude that the appropriate standard of care is the overarching standard of a reasonable police officer in similar circumstances. This standard should be applied in a manner that gives due recognition to the discretion inherent in police investigation. Like other professionals, police officers are entitled to exercise their discretion as they see fit, provided that they stay within the bounds of reasonableness. The standard of care is not breached because a police officer exercises his or her discretion in a manner other than that deemed optimal by the reviewing court. A number of choices may be open to a police officer investigating a crime, all of which may fall within the range of reasonableness. So long as discretion is exercised within this range, the standard of care is not breached. The standard is not perfection, or even the optimum, judged from the vantage of hindsight. It is that of a reasonable officer, judged in the circumstances prevailing at the time the decision was made — circumstances that may include urgency and deficiencies of information. The law of negligence does not require perfection of professionals; nor does it guarantee desired results (Klar, at p. 359). Rather, it accepts that police officers, like other professionals, may make minor errors or errors in judgment which cause unfortunate results, without breaching the standard of care. The law distinguishes between unreasonable mistakes breaching the standard of care and mere “errors in judgment” which any reasonable professional might have made and therefore, which do not breach the standard of care. (See *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Folland v. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, at p. 359.)

(b) *Application of the Standard of Care to the Facts — Was the Police Conduct in this Case Negligent?*

74

The defendant police officers owed a duty of care to Mr. Hill. That required them to meet the standard of a reasonable officer in similar circumstances. While the investigation that led to Mr. Hill’s arrest and conviction was flawed, I conclude that it did not breach this standard, judged by the standards of the day.

Je conclus que la norme de diligence applicable est la norme générale du policier raisonnable placé dans la même situation. Cette norme devrait s’appliquer de manière à bien reconnaître le pouvoir discrétionnaire inhérent à l’enquête policière. Comme les autres professionnels, le policier peut exercer son pouvoir discrétionnaire comme il le juge opportun, à condition de respecter les limites de la raisonabilité. Le policier qui exerce son pouvoir discrétionnaire d’une autre manière que celle jugée optimale par le tribunal de révision n’enfreint pas la norme de diligence. Plusieurs choix peuvent s’offrir au policier qui enquête sur un crime, et tous ces choix peuvent être raisonnables. Tant que l’exercice du pouvoir discrétionnaire est raisonnable, la norme de diligence est observée. La norme ne commande pas une démarche parfaite, ni même optimale, lorsqu’on considère celle-ci avec le recul. La norme est celle du policier raisonnable au regard de la situation — urgence, données insuffisantes, etc. — au moment de la décision. Le droit de la négligence n’exige pas des professionnels qu’ils soient parfaits ni qu’ils obtiennent les résultats escomptés (Klar, p. 359). En fait, il admet qu’à l’instar des autres professionnels, le policier peut, sans enfreindre la norme de diligence, commettre des erreurs sans gravité ou des erreurs de jugement aux conséquences fâcheuses. Le droit distingue l’erreur déraisonnable emportant l’inobservation de la norme de diligence de la simple « erreur de jugement » que n’importe quel professionnel raisonnable aurait pu commettre et qui, par conséquent, n’enfreint pas la norme de diligence. (Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Folland c. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, p. 359.)

b) *L’application de la norme de diligence aux faits — les policiers ont-ils été négligents en l’espèce?*

Les policiers défendeurs avaient une obligation de diligence envers M. Hill. Ils devaient donc satisfaire à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. L’enquête ayant mené à l’arrestation de M. Hill et à sa déclaration de culpabilité était entachée d’erreurs, mais au vu des exigences alors applicables, je conclus que les policiers n’ont pas enfreint cette norme.

Hill alleges that Detective Loft, who was in charge of the investigation of the plastic bag robberies, conducted the investigation negligently, and that Officers McLaughlin, Stewart, Matthews and Hill acted negligently in aspects of the investigation assigned to them. On this basis, he argues that the Police Services Board is vicariously liable for the individual acts and omissions of its officers.

The arrest itself is not impugned as negligent. Although there were problems in the case against Hill, it is accepted that the investigation, as it stood at the time the arrest was made, disclosed reasonable and probable grounds. It is the conduct of the police prior to and following the arrest that Hill criticizes. At the pre-arrest stage, Mr. Hill alleges: witness contamination as the result of publishing his photo (McLaughlin); failure to make proper records of events and interviews with witnesses (McLaughlin and Stewart); interviewing two witnesses together and with a photo of Hill on the desk (McLaughlin); and structural bias in the photo lineup in which Hill was identified (Hill and Loft). At the post-arrest stage, Hill charges that Detective Loft failed to reinvestigate after evidence came to light that suggested the robber was not Hill, but a different man, Sotomayer. (It is also alleged that Detective Loft failed to communicate relevant facts to defence counsel. This has more to do with trial conduct than investigation, and I consider it no further.)

We must consider the conduct of the investigating officers in the year 1995 in all of the circumstances, including the state of knowledge then prevailing. Police practices, like practices in other professions, advance as time passes and experience and understanding accumulate. Better practices that developed in the years after Hill's investigation are therefore not conclusive. By extension, the conclusion that certain police actions did not violate the standard of care in 1995 does not necessarily mean that the same or similar actions would meet the standard of care today or in the future. We

M. Hill soutient que l'inspecteur Loft, chargé de l'enquête sur les vols au sac en plastique, a mené l'enquête avec négligence et que les agents McLaughlin, Stewart, Matthews et Hill ont fait preuve de négligence dans l'exécution de leurs tâches respectives. Pour cette raison, il prétend que la Commission des services policiers est responsable des actes et des omissions de ses policiers.

La négligence n'est pas invoquée à l'encontre de l'arrestation comme telle. Même si la preuve contre M. Hill comportait des lacunes, il est admis que l'enquête révélait l'existence de motifs raisonnables et probables de croire à sa culpabilité au moment de l'arrestation. Ce sont les actes des policiers antérieurs et postérieurs à son arrestation que conteste M. Hill. En ce qui concerne l'étape antérieure, il fait valoir que les témoins ont été influencés par la publication de sa photo (McLaughlin), que les faits et les interrogatoires des témoins n'ont pas été dûment consignés (McLaughlin et Stewart), que deux témoins ont été interrogés ensemble, sa photo reposant alors sur le bureau (McLaughlin) et que la séance de présentation de photos au cours de laquelle il a été identifié était foncièrement tendancieuse (Hill et Loft). Quant à l'étape postérieure à son arrestation, M. Hill reproche à l'inspecteur Loft de ne pas avoir rouvert l'enquête après la découverte de nouveaux éléments de preuve qui tendaient à le disculper et à incriminer un autre homme, M. Sotomayer. (Il prétend aussi que l'inspecteur Loft a omis de communiquer des faits importants à l'avocat de la défense. Cette allégation vise davantage le déroulement du procès que celui de l'enquête, et je ne m'y arrête pas.)

Nous devons apprécier les actes des policiers enquêteurs en 1995 eu égard à l'ensemble de la situation, y compris l'état des connaissances. Chez les policiers, comme chez les autres professionnels, les façons de faire évoluent avec le temps, l'expérience acquise et l'assimilation des connaissances. Les pratiques améliorées qui ont vu le jour au cours des années qui ont suivi l'enquête sur M. Hill ne sont donc pas concluantes. Ainsi, certaines mesures policières tenues pour conformes à la norme de diligence en 1995, ou des mesures semblables, n'y satisfont plus nécessairement. Aussi, il ne faut pas

75

76

77

must also avoid the counsel of perfection; the reasonable officer standard allows for minor mistakes and misjudgments. Finally, proper scope must be accorded to the discretion police officers properly exercise in conducting an investigation.

78 Considered in this light, the first four complaints, while questionable, were not sufficiently serious on the record viewed as a whole to constitute a departure from the standard of a reasonable police officer in the circumstances. The publication of Hill's photo, the somewhat incomplete record of witness interviews, the fact that two witnesses were interviewed together and the failure to blind-test the photos put to witnesses are not good police practices, judged by today's standards. But the evidence does not establish that a reasonable officer in 1995 would not have followed similar practices in similar circumstances. Nor is it clear that if these incidents had not occurred, Hill would not have been charged and convicted. It follows that the individual officers involved in these incidents cannot be held liable to Hill in negligence.

79 This brings us to the photo lineup. The photo array consisted of one aboriginal suspect, Hill, and eleven Caucasian foils. However, a number of the subjects had similar features and colouring, so that Hill did not in fact stand out as the only aboriginal.

80 The first question is whether this photo lineup met the standard of a reasonable officer investigating an offence in 1995. The trial judge accepted expert evidence that there were "no rules" and "a great deal of variance in practice right up to the present time" in relation to photo lineups (paras. 66 and 70). These findings of fact have not been challenged. It follows that on the evidence adduced, it cannot be concluded that the photo lineup was unreasonable, judged by 1995 standards. This said, the practice followed was not ideal. A reasonable officer today might be expected to avoid lineups using foils of a different race than the suspect, to avoid both the perception of injustice and the real

rechercher la perfection; la norme du policier raisonnable admet les erreurs et les écarts de jugement mineurs. Enfin, il faut offrir au policier la latitude voulue pour exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il enquête.

Dans cette optique, les quatre premiers sujets de reproche, bien qu'ils soient discutables, ne sont pas assez graves au vu de l'ensemble du dossier pour emporter l'inobservation de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La publication de la photo de M. Hill, la consignation plus ou moins complète des interrogatoires des témoins, l'interrogatoire de deux témoins en présence l'un de l'autre et l'omission de confier la tenue de la séance d'identification photographique à un policier désintéressé ne sont pas, au regard des exigences actuelles, des mesures policières acceptables. Mais la preuve ne démontre pas qu'en 1995, un policier raisonnable n'aurait pas agi de la sorte dans la même situation. Il n'appert pas non plus de la preuve que n'eût été ces incidents, M. Hill n'aurait pas été inculpé et déclaré coupable. C'est pourquoi les policiers en cause ne sauraient être coupables de négligence envers M. Hill.

Cela nous amène à la séance d'identification photographique. Les photos utilisées étaient celles du suspect autochtone, M. Hill, et de onze personnes de race blanche. Certains sujets présentaient toutefois les mêmes caractéristiques, dont la couleur de la peau, de sorte que dans les faits, M. Hill ne se distinguait pas en tant que seul Autochtone.

Il faut d'abord déterminer si la séance a respecté la norme du policier raisonnable enquêtant sur une infraction en 1995. Le juge de première instance a retenu le témoignage d'un expert en la matière selon lequel il n'existait [TRADUCTION] « pas de règles » et « les pratiques diffèrent considérablement, encore aujourd'hui » pour la tenue d'une telle séance (par. 66 et 70). Ces conclusions de fait n'ont pas été contestées. Au vu de la preuve, on ne peut donc pas conclure que la séance d'identification photographique était déraisonnable selon les normes applicables en 1995. Cela dit, la méthode employée n'était pas idéale. De nos jours, le policier raisonnable doit éviter de présenter des photos

possibility of unfairness to suspects who are members of minority groups — concerns underlined by growing awareness of persisting problems with institutional bias against minorities in the criminal justice system, including aboriginal persons like Mr. Hill. (See Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996).)

In any event, it was established that the lineup's racial composition did not lead to unfairness. A racially skewed lineup is structurally biased only "if you can tell that the one person is non-Caucasian" and "assuming the suspect is the one that's standing out" (majority reasons in the Court of Appeal, at para. 105). Although the suspects were classified as being of a different race by the police's computer system, at least some of them appeared to have similar skin tones and similar facial features to Hill. On this evidence, the trial judge concluded that the lineup was not in fact structurally biased. Any risk that Hill might have been unfairly chosen over the 11 foils in the photo lineup did not arise from structural bias relating to the racial makeup of the lineup but rather from the fact that Hill happened to look like the individual who actually perpetrated the robberies, Frank Sotomayer.

It remains to consider Mr. Hill's complaint that the police negligently failed to reinvestigate when new information suggesting he was not the robber came to light after his arrest and incarceration. This complaint must be considered in the context of the investigation as a whole. The police took the view from the beginning that the 10 robberies were the work of a single person, branded the plastic bag robber. They maintained this view and arrested Hill despite a series of tips implicating two men, "Pedro" and "Frank". Other weaknesses in the pre-charge case against Hill were the failure of a search of Hill's home to turn up evidence, and the fact that at the time of his arrest Hill had a long goatee of

de personnes d'une autre race que celle du suspect afin de ne pas donner une impression d'injustice et d'écarter le risque réel d'iniquité envers un suspect appartenant à un groupe minoritaire, étant donné la plus grande sensibilisation à la persistance d'un préjugé institutionnel défavorable aux minorités — y compris celle dont fait partie M. Hill, les Autochtones — dans le système de justice criminelle. (Voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996).)

Quoi qu'il en soit, il a été établi que la composition raciale de la série de photos présentées n'a pas créé d'injustice. Une séance d'identification orientée sur le plan racial n'est foncièrement défavorable au suspect que [TRADUCTION] « lorsque l'on peut dire que cette personne n'est pas de race blanche [. . .] à supposer que le suspect soit celui qui se démarque du groupe » (motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, par. 105). Même si le système informatique de la police indiquait que les suspects étaient d'une autre race, au moins quelques-uns d'entre eux paraissaient avoir un teint et des traits semblables à ceux de M. Hill. Le juge de première instance a donc conclu que, dans les faits, la séance d'identification n'avait pas été foncièrement défavorable. Le risque que M. Hill ait été injustement désigné plutôt qu'un autre n'est pas imputable à l'orientation raciale tendancieuse de la séance, mais bien au fait qu'il ressemblait au véritable auteur des vols qualifiés, Frank Sotomayer.

Il convient ensuite d'examiner l'allégation de M. Hill selon laquelle les policiers ont fait preuve de négligence en omettant de rouvrir l'enquête malgré la découverte, après son arrestation et son incarcération, d'éléments nouveaux le disculpant. Cette allégation doit être considérée dans le contexte de l'enquête en entier. Les policiers ont supposé au départ que les dix vols qualifiés étaient l'œuvre d'une seule personne, le voleur au sac en plastique. Ils ont persisté dans cette croyance et ont arrêté M. Hill, malgré la communication de renseignements incriminant deux hommes, « Pedro » et « Frank ». La preuve dont ils disposaient contre M. Hill avant le dépôt des accusations comportait d'autres faiblesses,

several weeks' growth, while the eyewitnesses to the crime described the robber as a clean-shaven man. While the police may have had reasonable and probable grounds for charging Hill, there were problems with their case.

83

After Hill was charged and taken into custody, the robberies continued. Another officer, Detective Millin, was put in charge of the investigation of these charges. Sotomayer emerged as a suspect. Millin went into Hill's file and became concerned that Sotomayer, not Hill, may have committed at least some of the earlier robberies. He met with Detective Loft and discussed with him the fact that in the photographic record, the perpetrator of the December 16 robbery resembled Sotomayer more than Hill. As a result, on March 7 the charges against Hill relating to that robbery were withdrawn and Sotomayer was charged instead. Detective Millin met with Detective Loft again on April 4 and 6 to express concerns that Sotomayer and not Hill was the plastic bag bandit on the other charges. Detective Loft told Detective Millin that he would attempt to have the trial of the charges against Hill put over to permit further investigation. He never did so. The matter remained in the hands of the Crown prosecutors and no further investigation was done. Eventually, the Crown withdrew all the charges, except one, on which Hill was convicted. Detective Loft did not intervene to prevent that charge going forward. Nor did he check the alibi that Hill supplied. Had Detective Loft conducted further investigation, it is likely the case against Hill would have collapsed. Had he re-interviewed the eyewitnesses, for example, and shown them Sotomayer's photo, it is probable that matters would have turned out otherwise; when the witnesses were eventually shown the photo of Sotomayer, they recanted their identification of Hill as the robber.

84

When new information emerges that could be relevant to the suspect's innocence, reasonable police

dont le fait qu'une perquisition effectuée chez lui n'avait pas permis d'étoffer la preuve et le fait qu'au moment de son arrestation, M. Hill arborait une longue barbichette de plusieurs semaines, alors que les témoins oculaires avaient décrit le voleur comme étant un homme rasé de près. Les policiers ont pu avoir des motifs raisonnables et probables d'inculper M. Hill, mais la preuve laissait à désirer.

Après l'inculpation et la mise sous garde de M. Hill, d'autres vols qualifiés ont été commis. L'enquête a alors été confiée à un autre policier, l'inspecteur Millin. Ses soupçons ont porté sur M. Sotomayer. Après consultation du dossier de M. Hill, l'inspecteur Millin s'est demandé si M. Sotomayer n'avait pas commis au moins quelques-uns des vols imputés à M. Hill. Il a rencontré l'inspecteur Loft et lui a fait part du fait que, suivant les photos au dossier, l'auteur du vol qualifié du 16 décembre ressemblait davantage à M. Sotomayer qu'à M. Hill. Le 7 mars, les accusations portées contre M. Hill relativement à ce vol ont donc été retirées, et M. Sotomayer a formellement été accusé. Les 4 et 6 avril, l'inspecteur Millin a de nouveau rencontré l'inspecteur Loft pour lui faire part de sa crainte que M. Sotomayer, et non M. Hill, soit l'auteur des autres crimes du voleur au sac en plastique. L'inspecteur Loft a dit à son collègue qu'il tenterait de faire reporter le procès de M. Hill pour permettre l'approfondissement de l'enquête. Il ne l'a jamais fait. Le dossier est demeuré entre les mains du poursuivant, et nulle autre mesure d'enquête n'a été prise. Finalement, le ministère public a retiré toutes les accusations, sauf une, dont M. Hill a été reconnu coupable. L'inspecteur Loft n'a pas tenté d'empêcher la procédure judiciaire de suivre son cours. Il n'a pas non plus vérifié l'alibi de M. Hill. S'il avait rouvert l'enquête, il est probable que la preuve échafaudée contre M. Hill se serait écroulée. Si, par exemple, il avait interrogé de nouveau les témoins et leur avait montré la photo de M. Sotomayer, les choses auraient probablement pris un tour différent. Lorsqu'ils ont finalement vu la photo de M. Sotomayer, les témoins sont revenus sur leurs témoignages incriminant M. Hill.

Lorsque de nouvelles données susceptibles d'innocenter le suspect sont découvertes, la norme du

conduct may require the file to be reopened and the matter reinvestigated. Depending on the nature of the evidence which later emerges, the requirements imposed by the duty to reinvestigate on the police may vary. In some cases, merely examining the evidence and determining that it is not worth acting on may be enough. In others, it may be reasonable to expect the police to do more in response to newly emerging evidence. Reasonable prudence may require them to re-examine their prior theories of the case, to test the credibility of new evidence and to engage in further investigation provoked by the new evidence. At the same time, police investigations are not never-ending processes extending indefinitely past the point of arrest. Police officers acting reasonably may at some point close their case against a suspect and move on to other matters. The question is always what the reasonable officer in like circumstances would have done to fulfil the duty to reinvestigate and to respond to the new evidence that emerged.

It is argued that by failing to raise the matter with the Crown and ask that they halt the case for purposes of reinvestigation, and instead allowing it to proceed to trial, Detective Loft failed to act as a reasonable officer similarly situated. It is also argued that the other defendant officers also acted unreasonably in not intervening before the case came to trial.

The liability of the officers who assisted in the investigation is readily disposed of. It has not been established that a reasonable police officer in the position of McLaughlin, Stewart, Matthews and Hill would have intervened to halt the case. They were not in charge of the case and had only partial responsibility.

The case of Detective Loft presents more difficulty. He was in charge of the case and could have asked the Crown to postpone the case to permit reinvestigation, as favoured by Detective Millin. He considered doing so, but in the end did not intervene, with the result that the matter went to trial.

policier raisonnable peut commander la réouverture du dossier et la reprise de l'enquête. Selon la nature des éléments de preuve en cause, les mesures qui s'imposent alors peuvent varier. Dans certains cas, il peut suffire d'examiner les éléments puis de conclure qu'il ne vaut pas la peine d'y donner suite. Dans d'autres, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les policiers fassent davantage. Une prudence de bon aloi peut exiger d'eux qu'ils révisent leurs conclusions antérieures, qu'ils s'assurent de la fiabilité des nouveaux éléments de preuve et qu'ils prennent les mesures d'enquête que commandent ces éléments. Par contre, l'enquête policière n'a pas à se poursuivre indéfiniment après l'arrestation. Le policier raisonnable peut, à un certain moment, fermer le dossier du suspect et passer à autre chose. Il s'agit toujours de se demander ce qu'un policier raisonnable placé dans la même situation aurait fait pour s'acquitter de son obligation de rouvrir l'enquête et donner suite à la découverte de nouveaux éléments.

L'appelant prétend qu'en omettant de relayer l'information au poursuivant et de lui demander de mettre le dossier en veilleuse le temps de la reprise de l'enquête, et en permettant plutôt que le procès soit instruit, l'inspecteur Loft n'a pas agi comme l'aurait fait un policier raisonnable placé dans la même situation. Il fait également valoir que les autres policiers défendeurs ont aussi agi déraisonnablement en n'intervenant pas avant l'ouverture du procès.

Il est relativement simple de statuer sur la responsabilité des policiers qui ont participé à l'enquête. Il n'a pas été démontré qu'un policier raisonnable placé dans la même situation que les agents McLaughlin, Stewart, Matthews et Hill aurait fait en sorte que l'affaire soit mise en veilleuse. Ces policiers n'étaient pas en charge du dossier et leur contribution n'était que partielle.

Le cas de l'inspecteur Loft est plus problématique. Il s'était vu confier le dossier et aurait pu demander au poursuivant de reporter le procès pour permettre la reprise de l'enquête, comme le préconisait l'inspecteur Millin. Il a pensé à le faire, mais au bout du compte, il n'a rien fait, et le procès

Explaining his decision, he referred to the evidence of two eyewitnesses identifying Hill as the robber on the final charge.

a eu lieu. Pour justifier son inaction, il a invoqué le témoignage de deux témoins oculaires ayant identifié M. Hill comme étant l'auteur du vol qualifié visé par la dernière accusation.

88 This was not a case of tunnel-vision or blinding oneself to the facts. It falls rather in the difficult area of the exercise of discretion. Deciding whether to ask for a trial to be postponed to permit further investigation when the case is in the hands of Crown prosecutors and there appears to be credible evidence supporting the charge is not an easy matter. In hindsight, it turned out that Detective Loft made the wrong decision. But his conduct must be considered in the circumstances prevailing and with the information available at the time the decision was made. At that time, awareness of the danger of wrongful convictions was less acute than it is today. There was credible evidence supporting the charge. The matter was in the hands of the Crown prosecutors, who had assumed responsibility for the file. Notwithstanding that Detective Millin favoured asking the prosecutors to delay the trial, I cannot conclude that Detective Loft's exercise of discretion in deciding not to intervene at this late stage breached the standard of a reasonable police officer similarly situated.

Il n'y a pas eu d'entêtement ou d'aveuglement volontaire, mais bien un exercice difficile du pouvoir discrétionnaire. La décision de demander le report du procès pour permettre la reprise de l'enquête, alors que le dossier est entre les mains du poursuivant et qu'une preuve digne de foi paraît étayer l'accusation, n'est pas facile à prendre. Avec le recul, on peut dire que l'inspecteur Loft a pris la mauvaise décision. Ses actes doivent cependant être appréciés au regard des circonstances et des données d'alors. À l'époque, on était moins sensibilisé qu'aujourd'hui au risque qu'une personne puisse être déclarée coupable à tort. Une preuve digne de foi étayait l'accusation. Le dossier était entre les mains du poursuivant, qui avait pris le relais. Même si l'inspecteur Millin préconisait le report du procès, je ne peux conclure que la décision discrétionnaire de l'inspecteur Loft de ne pas intervenir à ce stade avancé a emporté l'inobservation de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

89 I therefore conclude that although Detective Loft's decision not to reinvestigate can be faulted, judged in hindsight and through the lens of today's awareness of the danger of wrongful convictions, it has not been established that Detective Loft breached the standard of a reasonable police officer similarly placed.

Même si, après coup et à la lumière de la sensibilisation actuelle au risque de déclaration de culpabilité injustifiée, on peut déplorer sa décision de ne pas rouvrir l'enquête, il n'a pas été établi que l'inspecteur Loft n'a pas observé la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

3. Loss or Damage

3. Préjudice

90 To establish a cause of action in negligence, the plaintiff must show that he or she suffered compensable damage. Not all damage will justify recovery in negligence. Recovery is generally available for damage to person and property. On the other hand, debates have arisen, for example, about when an action in negligence may be brought for purely economic loss and psychological harm. (See Klar, at pp. 201-4, and T. Weir, *Tort Law* (2002), at pp. 44-51.)

L'existence d'une cause d'action pour négligence exige du demandeur qu'il démontre avoir subi un préjudice indemnisable. Tout préjudice imputé à la négligence ne donne pas droit à une indemnité. En général, seul le préjudice corporel ou matériel y ouvre droit. Toutefois, d'aucuns se sont demandé, par exemple, à quelles conditions la perte purement financière ou le préjudice psychologique pouvait être indemnisé. (Voir Klar, p. 201-204; T. Weir, *Tort Law* (2002), p. 44-51.)

It is not disputed that imprisonment resulting from a wrongful conviction constitutes personal injury to the person imprisoned. Indeed, other forms of compensable damage without imprisonment may suffice; a claimant's life could be ruined by an incompetent investigation that never results in imprisonment or an unreasonable investigation that does not lead to criminal proceedings. Wrongful deprivation of liberty has been recognized as actionable for centuries and is clearly one of the possible forms of compensable damage that may arise from a negligent investigation. There may be others.

On the other hand, lawful pains and penalties imposed on a guilty person do not constitute compensable loss. It is important as a matter of policy that recovery under the tort of negligent investigation should only be allowed for pains and penalties that are wrongfully imposed. The police must be allowed to investigate and apprehend suspects and should not be penalized for doing so under the tort of negligent investigation unless the treatment imposed on a suspect results from a negligent investigation and causes compensable damage that would not have occurred but for the police's negligent conduct. The claimant bears the burden of proving that the consequences of the police conduct relied upon as damages are wrongful in this sense if they are to recover. Otherwise, punishment may be no more than a criminal's just deserts — in a word, justice.

4. Causal Connection

Recovery for negligence requires a causal connection between the breach of the standard of care and the compensable damage suffered. Negligent police investigation may cause or contribute to wrongful conviction and imprisonment, fulfilling the legal requirement of causal connection on a balance of probabilities. The starting point is the usual "but for" test. If, on a balance of probabilities, the compensable damage would not have occurred but for the negligence on the part of the police, then the causation requirement is met.

Nul ne conteste que l'emprisonnement consécutif à une déclaration de culpabilité injustifiée inflige un préjudice corporel à la personne incarcérée. En fait, d'autres mesures préjudiciables peuvent justifier une indemnisation. En effet, la vie du demandeur peut avoir été gâchée par une enquête négligente qui n'a pas mené à l'emprisonnement ou par une enquête déraisonnable qui n'a pas abouti à une poursuite pénale. Depuis des siècles, la privation injustifiée de liberté confère un droit d'action, et cette privation constitue clairement un préjudice indemnisable susceptible d'être infligé par une enquête négligente. Il pourrait y en avoir d'autres.

Par contre, la peine ou la sanction légalement infligée à la personne déclarée coupable ne constitue pas un préjudice indemnisable. Sur le plan des principes, il importe que le recours fondé sur le délit d'enquête négligente ne soit ouvert que dans le cas d'une peine ou d'une sanction infligée à tort. Les policiers doivent pouvoir enquêter sur les suspects et les arrêter; ils ne doivent être sanctionnés pour la prise de telles mesures que lorsque le sort réservé au suspect résulte d'une enquête négligente et a causé un préjudice indemnisable qui n'aurait pas été subi n'eût été la négligence des policiers. Pour avoir droit à l'indemnisation, le demandeur doit prouver que la conséquence du comportement préjudiciable du policier à son endroit est ainsi injuste. Sinon, la peine infligée est peut-être tout simplement la peine méritée — en un mot, elle est juste.

4. Lien de causalité

L'indemnisation pour négligence requiert un lien de causalité entre l'inobservation de la norme de diligence et le préjudice indemnisable subi. Une enquête policière négligente peut, en totalité ou en partie, être à l'origine d'une déclaration de culpabilité et d'un emprisonnement injustifiés, satisfaisant ainsi à l'exigence légale de la preuve d'un lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. Le point de départ est le critère bien connu du facteur déterminant (« n'eût été »). Lorsque, suivant la prépondérance des probabilités, le préjudice indemnisable n'aurait pas été subi n'eût été la négligence des policiers, le lien de causalité est établi.

91

92

93

94 Cases of negligent investigation often will involve multiple causes. Where the injury would not have been suffered “but for” the negligent police investigation the causation requirement will be met even if other causes contributed to the injury as well. On the other hand, if the contributions of others to the injury are so significant that the same damage would have been sustained even if the police had investigated responsibly, causation will not be established. It follows that the police will not necessarily be absolved of responsibility just because another person, such as a prosecutor, lawyer or judge, may have contributed to a wrongful conviction causing compensable damage.

5. Limitation Period

95 The respondents claim that Hill’s action is statute-barred. The relevant limitation period is set out in the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) (now repealed):

7.—(1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

96 The limitation period for negligent investigation begins to run when the cause of action is complete. This requires proof of a duty of care, breach of the standard of care, compensable damage, and causation. A cause of action in negligence arises not when the negligent act is committed, but rather when the harmful consequences of the negligence result. (See G. Mew, *The Law of Limitations* (2nd ed. 2004), at p. 148, citing L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), ed. by L. D. Rainaldi, vol. 4 (release 5), c. 27, at para. 217, n. 23.)

97 As discussed above, the loss or injury as a result of alleged police negligence is not established until it is clear that the suspect has been imprisoned as

Une enquête négligente a souvent des causes multiples. Lorsque le préjudice n’aurait pas été subi « n’eût été » l’enquête policière négligente, le lien de causalité est établi même si d’autres éléments ont contribué au préjudice. Par contre, lorsque l’importance d’une autre cause est telle que le préjudice aurait été subi même si les policiers avaient enquêté consciencieusement, le lien de causalité n’est pas établi. Ce n’est donc pas parce qu’un tiers — poursuivant, avocat ou juge — pourrait avoir contribué à une déclaration de culpabilité injustifiée ayant causé un préjudice indemnisable que les policiers sont nécessairement exonérés de toute responsabilité.

5. Délai de prescription

Les intimés font valoir que l’action de M. Hill est prescrite. C’est le par. 7(1) (aujourd’hui abrogé) de la *Loi sur l’immunité des personnes exerçant des attributions d’ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38, qui prévoit le délai de prescription applicable :

7 (1) Nulle action, poursuite ou autre instance n’est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l’exercice ou en vue de l’exercice d’une fonction ou d’un pouvoir prévus par la loi ou d’ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l’exercice de cette fonction ou de ce pouvoir, si elle n’est pas introduite dans les six mois suivant immédiatement le moment où la cause d’action a pris naissance ou, dans le cas où le préjudice s’est poursuivi pendant une certaine période, dans les six mois de la cessation du préjudice.

Le délai de prescription pour enquête négligente court dès que sont réunis tous les éléments conférant la cause d’action : obligation de diligence, inobservation de la norme de diligence, préjudice indemnisable et lien de causalité. En matière de négligence, la cause d’action ne prend pas naissance au moment où l’acte est commis, mais bien lorsque les conséquences préjudiciables en résultent. (Voir G. Mew, *The Law of Limitations* (2^e éd. 2004), p. 148, citant L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), éd. par L. D. Rainaldi, vol. 4 (mise à jour n^o 5), ch. 27, par. 217, n. 23.)

Je rappelle que le préjudice résultant de la négligence policière alléguée n’est établi que lorsqu’il est clair que le suspect a été emprisonné après avoir

a result of a wrongful conviction or has suffered some other form of compensable harm as a result of negligent police conduct. The wrongfulness of the conviction is essential to establishing compensable injury in an action where the compensable damage to the plaintiff is imprisonment resulting from a wrongful conviction. In such a case, the cause of action is not complete until the plaintiff can establish that the conviction was in fact wrongful. So long as a valid conviction is in place, the plaintiff cannot do so.

It follows that the limitation period in this case did not start to run until December 20, 1999 when Mr. Hill, after a new trial, was acquitted of all charges of robbery. The action was commenced by notice of action on June 19, 2000, within the six-month limitation period set out in the *Public Authorities Protection Act*. Therefore, the relevant limitation period was met.

6. Adequacy of Reasons

The appellant Hill argues that this appeal should be allowed on the basis that the reasons of the trial judge were inadequate. With respect, I disagree.

The question is whether the reasons are sufficient to allow for meaningful appellate review and whether the parties' "functional need to know" why the trial judge's decision has been made has been met. The test is a functional one: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 55.

In determining the adequacy of reasons, the reasons should be considered in the context of the record before the court. Where the record discloses all that is required to be known to permit appellate review, less detailed reasons may be acceptable. This means that less detailed reasons may be required in cases with an extensive evidentiary record, such as the current appeal. On the other hand, reasons are particularly important when "a trial judge is called upon to address troublesome

été déclaré coupable à tort ou qu'il a subi un autre préjudice indemnisable imputable à la négligence des policiers. Le caractère injustifié de la déclaration de culpabilité est essentiel pour ouvrir droit à indemnisation lorsque le préjudice allégué consiste dans l'emprisonnement consécutif à une déclaration de culpabilité injustifiée. Les éléments de la cause d'action ne sont alors réunis que si le demandeur établit que la déclaration de culpabilité était en fait injustifiée, et il ne peut le faire tant qu'il existe une déclaration de culpabilité valable en droit.

Il s'ensuit que le délai de prescription applicable en l'espèce n'a commencé à courir que le 20 décembre 1999, date à laquelle M. Hill, à l'issue de son nouveau procès, a été acquitté de toutes les accusations de vol qualifié portées contre lui. L'action a été intentée par voie d'avis d'action le 19 juin 2000, soit avant l'expiration du délai de six mois imparti par la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. Par conséquent, le délai de prescription applicable est respecté.

6. Caractère suffisant des motifs

L'appelant soutient que le pourvoi doit être accueilli à cause du caractère insuffisant des motifs du juge de première instance. Je ne suis malheureusement pas de cet avis.

La question est de savoir si les motifs permettent une véritable révision en appel et si le « besoin fonctionnel [des parties] d'être informé[es] » des motifs de la décision du juge de première instance a été comblé. Le critère applicable est fonctionnel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 55.

Pour statuer sur leur caractère suffisant, il faut considérer les motifs à la lumière du dossier présenté à la cour. Lorsque le dossier renferme tous les éléments nécessaires à la révision en appel, les motifs peuvent être brefs. Des motifs succincts peuvent donc être justifiés lorsque la preuve versée au dossier est abondante, comme en l'espèce. Par contre, les motifs revêtent une importance particulière lorsque « le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont

98

99

100

101

principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue”, as was the case in the decision below: *Sheppard*, at para. 55. In assessing the adequacy of reasons, it must be remembered 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”: *Sheppard*, at para. 26.

pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé », comme c’était le cas en première instance : *Sheppard*, par. 55. Pour juger du caractère suffisant des motifs, il faut se rappeler 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 » : *Sheppard*, par. 26.

102 It might have been preferable for the trial judge to provide a more comprehensive treatment of the allegations of negligence and the dismissal of the action. As the Court of Appeal noted, the trial judge’s choice not to address some of the specific allegations of negligence might have made appellate review more “difficult” (para. 165).

Peut-être aurait-il été préférable que le juge de première instance analyse plus en détail les allégations de négligence et explique davantage sa décision de rejeter l’action. Comme l’a signalé la Cour d’appel, le choix du juge de première instance de ne pas se prononcer sur certaines allégations de négligence a pu rendre la révision en appel plus [TRADUCTION] « ardue » (par. 165).

103 This said, the reasons were in fact sufficient to allow for meaningful appellate review, when considered in light of the extensive trial record, and Hill’s functional need to know why the case was decided against him was met. As the Court of Appeal concluded, it was “clear from the reasons for judgment why the trial judge reached the decision he did — he found the evidence of police officers Loft, Matthews and Stewart and Crown prosecutor Nadel to be credible and, based on their evidence, he concluded that the respondents’ conduct did not constitute either malicious prosecution or negligent investigation. The trial judge also reviewed the evidence of the appellant’s expert witness, Professor Lindsay, and concluded that it did not undermine the quality of the police investigation in this case. The appellant simply did not demonstrate a standard of care breached by this investigation” (majority reasons, at para. 124).

Cela dit, vu le dossier détaillé constitué en première instance, les motifs étaient suffisants pour permettre une véritable révision en appel, et le besoin fonctionnel de M. Hill de savoir pourquoi il avait été débouté a été comblé. Comme l’a conclu la Cour d’appel, [TRADUCTION] « les motifs du juge de première instance expliquent clairement sa décision : il a jugé dignes de foi les témoignages des agents Loft, Matthews et Stewart, ainsi que celui du poursuivant, M. Nadel, de sorte qu’il a conclu que la conduite de la partie intimée ne constituait ni une poursuite abusive ni une enquête négligente. Le juge de première instance s’est également penché sur le témoignage de l’expert de l’appellant, le professeur Lindsay. Il a estimé qu’il ne permettait pas de douter de la qualité de l’enquête policière en l’espèce. L’appellant n’a pas réussi à démontrer que l’enquête n’avait pas satisfait à la norme de diligence applicable » (motifs des juges majoritaires, par. 124).

104 I agree with this assessment. The claim that the reasons were inadequate therefore fails.

Je suis d’accord avec cette appréciation. Il n’est donc pas fait droit à la prétention suivant laquelle les motifs étaient insuffisants.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

105 I would dismiss Hill’s appeal with costs. The Court of Appeal was correct to conclude that the police conduct impugned on this appeal

Je suis d’avis de rejeter avec dépens le pourvoi de M. Hill. La Cour d’appel a eu raison de conclure que les actes reprochés aux policiers en l’espèce

met the standard of care and, therefore, was not negligent.

I would also dismiss the cross-appeal. The Court of Appeal rightly concluded that the tort of negligent investigation is available in Canadian law.

The reasons of Bastarache, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting on the cross-appeal) —

1. Overview

The dictum that it is better for ten guilty persons to escape than for one innocent person to go to jail has long been a cornerstone of our criminal justice system (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, c. 27, at p. 352). Consequently, many safeguards have been created within that system to protect against wrongful convictions. Despite the presence of such safeguards, however, miscarriages of justice do occur. When an innocent person is convicted of a crime that he or she did not commit, it is undeniable that justice has failed in the most fundamental sense.

Mr. Hill submits that he is one such victim of the criminal justice system. Of the 10 robbery charges laid against him, 9 were withdrawn by the Crown. Mr. Hill was convicted on the remaining charge but, following a successful appeal, was retried and ultimately acquitted of the offence. Mr. Hill claims that he has sustained significant damages because of substandard policing during the course of the criminal investigation leading to and following the charges laid against him. He therefore brings this action in negligence.

While Mr. Hill acknowledges that his cause of action is novel, he nonetheless submits that the tort system can act as an effective deterrent against, and fairly allocate the costs arising from, negligent investigative practices. Consequently, he urges this Court to bring “[t]he law of negligence . . . to bear on the problem of wrongful convictions” by

respectaient la norme de diligence et n’étaient donc pas négligents.

Je suis également d’avis de rejeter le pourvoi incident. La Cour d’appel a conclu à bon droit à l’existence du délit d’enquête négligente en droit canadien.

Version française des motifs des juges Bastarache, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente quant au pourvoi incident) —

1. Aperçu

La maxime selon laquelle il vaut mieux laisser dix coupables en liberté que d’emprisonner un seul innocent est depuis longtemps l’une des assises de notre système de justice criminelle (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), livre IV, ch. 27, p. 352). C’est pourquoi il existe de nombreuses garanties contre les déclarations de culpabilité injustifiées. Or, des erreurs judiciaires se produisent malgré tout. Lorsqu’une personne innocente est reconnue coupable d’un crime qu’elle n’a pas commis, la justice a incontestablement échoué au sens le plus fondamental.

M. Hill prétend avoir été victime d’un tel raté du système de justice criminelle. Des 10 accusations de vol qualifié portées contre lui, 9 ont été retirées par le ministère public. Reconnu coupable de l’accusation restante, il a eu gain de cause en appel et a finalement été acquitté au terme d’un nouveau procès. Il soutient que l’incurie policière pendant l’enquête criminelle qui a précédé et suivi le dépôt des accusations lui a causé un préjudice important. Il a donc intenté l’action pour négligence à l’origine du présent pourvoi.

S’il reconnaît que sa cause d’action est inusitée, M. Hill prétend néanmoins que l’application du droit de la responsabilité délictuelle pourrait décourager la négligence en matière d’enquête et assurer un partage équitable des frais occasionnés par celle-ci. Il invite donc la Cour à faire en sorte que [TRADUCTION] « [l]e droit de la négligence [. . .]

106

107

108

109

recognizing a new tort of negligent investigation designed to compensate the wrongfully convicted who have suffered damages as a result of a sub-standard police investigation (appellant's factum, at para. 71).

110 The Crown takes the position that this mischaracterizes the issue. In its view, this is not a case about providing a remedy for the wrongfully convicted since, if this Court accepts Mr. Hill's argument, *any* person charged with a criminal offence in respect of whom the charge does not ultimately result in a conviction would be a potential plaintiff. The Crown submits that the "wrongfully convicted" consist, rather, of those persons who are not only presumed innocent or found not guilty, but who are also determined to be factually innocent after a review or an inquiry under ss. 696.1 to 696.6 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

111 The Crown argues further that, for important public policy reasons, tort liability should be limited to instances where the police seriously abuse or misuse their public powers, not where they are merely negligent in the discharge of their duties. According to the Crown, the imposition of a duty of care in negligence would not only subsume existing torts such as false arrest, false imprisonment, malicious prosecution, and misfeasance in public office, but would upset the careful balance between society's need for effective law enforcement and an individual's right to liberty.

112 The novel question before this Court is therefore whether the new tort of negligent investigation should be recognized by Canadian law. I have concluded that it should not. A private duty of care owed by the police to suspects would necessarily conflict with the investigating officer's overarching public duty to investigate crime and apprehend offenders. The ramifications from this factor alone defeat the claim that there is a relationship of proximity between the parties sufficient to give rise to a *prima facie* duty of care. In addition, because the

s'attaque au problème de la déclaration de culpabilité injustifiée » et reconnaisse un nouveau délit, celui d'enquête négligente, afin que la personne déclarée coupable à tort d'un crime puisse être indemnisée du préjudice que lui a infligé une enquête policière irrégulière (mémoire de l'appellant, par. 71).

Pour le ministère public, c'est mal poser le problème, car il ne s'agit pas en l'espèce d'offrir un recours à la personne déclarée coupable à tort d'un crime. En effet, si la Cour fait droit à l'argument de M. Hill, *toute* personne accusée d'une infraction criminelle dont elle n'est pas en fin de compte reconnue coupable pourrait demander réparation. Le ministère public soutient que la « personne déclarée coupable à tort d'un crime » est celle qui non seulement est présumée innocente ou déclarée non coupable, mais qui est aussi réellement innocente à l'issue d'une révision ou d'une enquête fondée sur les art. 696.1 à 696.6 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Le ministère public ajoute que pour d'importantes considérations d'intérêt public, la responsabilité délictuelle d'un policier ne devrait être engagée que dans le cas où il abuse sérieusement de ses pouvoirs de nature publique, et non lorsqu'il fait simplement preuve de négligence dans l'exercice de ses fonctions. Il estime que le nouveau délit proposé engloberait des délits civils existants tels que l'arrestation illégale, la détention arbitraire, la poursuite abusive et la faute dans l'exercice d'une charge publique, sans compter qu'il compromettrait le juste équilibre établi entre la nécessité sociale de l'application efficace de la loi et la liberté individuelle.

La question nouvelle dont est saisie la Cour est donc celle de savoir si le délit d'enquête négligente devrait être reconnu en droit canadien. J'arrive à la conclusion qu'il ne le devrait pas. Si les policiers se voyaient imposer une obligation de diligence de droit privé envers les suspects, celle-ci entrerait nécessairement en conflit avec leur devoir primordial envers le public d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants. Les conséquences qui en découleraient réfutent à elles seules l'existence entre les parties d'un lien de proximité suffisant

recognition of this new tort would have significant consequences for other legal obligations, and would detrimentally affect the legal system, and society more generally, it is my view that even if a *prima facie* duty of care were found to exist, that duty should be negated on residual policy grounds.

Therefore, for the reasons that follow, I would allow the Crown's cross-appeal and find that the tort of negligent investigation is not a remedy available at common law. In light of this conclusion, I find that the action was properly dismissed by the courts below and I would therefore dismiss Mr. Hill's appeal.

2. Analysis

2.1 *Elements of the Tort Action*

Mr. Hill claims that the defendants — who for simplicity I will refer to collectively as “investigating officers” — committed the tort of negligent investigation and that he is entitled to damages. In order to succeed in his claim, Mr. Hill must establish the following elements: (1) that the investigating officers owed him a duty of care; (2) that the investigating officers failed to meet the standard of care appropriate in the circumstances; (3) that he suffered a compensable loss or injury; and (4) that the loss or injury was caused by the investigating officers' negligent act or omission. While the most contentious elements of the proposed tort of negligent investigation are the duty and standard of care, the proposed new tort gives rise to difficult issues in respect of all four elements of the action. I will touch on each element in what follows, focussing principally on the duty of care.

2.2 *The Anns Test*

Police officers have multiple duties. There is no question that one of them is the duty to investigate crime. This duty exists at common law and, in Ontario, is embodied in s. 42 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, which describes the

pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*. En outre, puisque la reconnaissance d'un tel délit aurait des répercussions importantes sur d'autres obligations légales et nuirait au système de justice ainsi qu'à la société en général, j'estime que même si l'on concluait à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, il faudrait l'écartier pour d'autres considérations de politique générale.

Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi incident du ministère public et de statuer que le délit d'enquête négligente ne saurait exister en common law. Les juridictions inférieures ont donc eu raison de rejeter l'action, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Hill.

2. Analyse

2.1 *Éléments de l'action en responsabilité délictuelle*

M. Hill prétend que les défendeurs — appelés collectivement, pour simplifier, les « policiers enquêteurs » — ont commis le délit d'enquête négligente et qu'il a droit à des dommages-intérêts. Pour avoir gain de cause, M. Hill doit établir (1) que les policiers enquêteurs ont envers lui une obligation de diligence, (2) que les policiers enquêteurs n'ont pas observé la norme de diligence applicable dans les circonstances, (3) qu'il a subi une perte ou un préjudice indemnisable et (4) que la perte ou le préjudice a été causé par une omission ou un acte négligent des policiers enquêteurs. Si les éléments les plus litigieux du délit d'enquête négligente proposé sont l'obligation et la norme de diligence, le nouveau délit proposé soulève des questions difficiles au regard des quatre éléments susmentionnés. J'aborderai chacun d'eux en mettant l'accent sur l'obligation de diligence.

2.2 *Le critère de l'arrêt Anns*

Les fonctions des policiers sont multiples. Celle d'enquêter sur les crimes compte indubitablement parmi elles. Elle est issue de la common law et prévue, en Ontario, à l'art. 42 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, qui énonce

113

114

115

general duties of a police officer. Although “investigating crime” is not specifically listed, several of the listed duties are related to, or form part of, the police investigation into crime. Section 42(1) reads as follows:

- 42.—**(1) The duties of a police officer include,
- (a) preserving the peace;
 - (b) preventing crimes and other offences and providing assistance and encouragement to other persons in their prevention;
 - (c) assisting victims of crime;
 - (d) apprehending criminals and other offenders and others who may lawfully be taken into custody;
 - (e) laying charges and participating in prosecutions;
 - (f) executing warrants that are to be executed by police officers and performing related duties;
 - (g) performing the lawful duties that the chief of police assigns;
 - (h) in the case of a municipal police force and in the case of an agreement under section 10 (agreement for provision of police services by O.P.P.), enforcing municipal by-laws;
 - (i) completing the prescribed training.

See also *Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 34(2); *Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1); *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 18 and 19(1); *Provincial Police Act*, R.S.M. 1987, c. P150, C.C.S.M., c. P150, s. 5; *Police Act*, S.N.S. 2004, c. 31, ss. 30(1) and 31(1); *Police Act*, S.N.B. 1977, c. P-9.2, s. 12(1); *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-11, s. 5(2); *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17, s. 8(1); *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18; *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1, s. 48.

les fonctions générales du policier. Bien que l'obligation d'« enquêter sur les crimes » ne soit pas expressément mentionnée au par. 42(1), plusieurs des fonctions énumérées s'y rattachent ou en font partie :

- 42.** (1) L'agent de police a notamment pour fonctions :
- a) de préserver la paix;
 - b) de prévenir les actes criminels et autres infractions et d'apporter aide et encouragement aux autres personnes qui participent à leur prévention;
 - c) d'aider les victimes d'actes criminels;
 - d) d'appréhender les criminels et autres contrevenants ainsi que les autres personnes qui peuvent légalement être placées sous garde;
 - e) de porter des accusations et de participer à des poursuites;
 - f) d'exécuter les mandats qui doivent être exécutés par des agents de police et d'exercer des fonctions connexes;
 - g) d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie;
 - h) dans le cas d'un corps de police municipal ou d'une entente conclue en vertu de l'article 10 (entente visant la prestation de services policiers par la Police provinciale), d'exécuter les règlements municipaux;
 - i) de terminer la formation prescrite.

Voir aussi : *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 34(2); *Police Act*, R.S.A. 2000, ch. P-17, par. 38(1); *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, ch. P-15.01, art. 18 et par. 19(1); *Loi sur la Sûreté du Manitoba*, L.R.M. 1987, ch. P150, C.P.L.M., ch. P150, art. 5; *Police Act*, S.N.S. 2004, ch. 31, par. 30(1) et 31(1); *Loi sur la Police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, par. 12(1); *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-11, par. 5(2); *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, ch. R-17, par. 8(1); *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18; *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 48.

116 There is no dispute that a police officer owes an overarching duty to the public to investigate crime.

Il ne fait aucun doute que le policier a envers le public l'obligation générale d'enquêter sur les

The question that occupies us here is whether this overarching public duty translates into a private duty owed to individual members of that public who fall in a particular class, namely suspects under investigation. This question calls for the application of what is commonly called the *Anns* test (in reference to the House of Lords decision in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728), as refined by this Court in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69, and *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18.

The Chief Justice has set out in some detail the analytical framework that must be followed in applying the *Anns* test. For the purpose of my analysis, I need only summarize that test briefly. For convenience, I reproduce here the succinct summary of the *Anns* test articulated by McLachlin C.J. and Major J. in *Edwards* (at paras. 9-10):

At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The focus at this stage is on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. Mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiff must also show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one, as in the present case.

If the plaintiff is successful at the first stage of *Anns* such that a *prima facie* duty of care has been established (despite the fact that the proposed duty does not fall within an already recognized category of recovery), the second stage of the *Anns* test must be addressed. That question is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy

crimes. En l'espèce, nous devons déterminer si ce devoir général fait naître une obligation de droit privé envers des citoyens individuels en particulier, à savoir les suspects sous enquête. Cette question commande l'application de ce qu'on appelle communément le critère de l'arrêt *Anns* (*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)), explicité par la Cour dans les arrêts *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards v. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji v. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69, et *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18.

La Juge en chef fait état de façon assez complète du cadre analytique applicable pour les besoins du critère de l'arrêt *Anns*. Je m'en tiendrai donc à un résumé. Par souci de commodité, voici comment la juge en chef McLachlin et le juge Major ont résumé succinctement ce critère dans l'arrêt *Edwards* (par. 9-10) :

À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. À cette étape, l'accent est mis sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. La simple prévisibilité ne suffit pas à établir une obligation de diligence *prima facie*. Le demandeur doit aussi prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant, comme en l'espèce.

Si, à la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, le demandeur réussit à établir une obligation de diligence *prima facie* (malgré le fait que l'obligation proposée ne corresponde pas à une catégorie de réparation déjà reconnue), il faut passer à la deuxième étape de ce critère. Il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation

considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general.

2.3 *Foreseeability*

118 The requirement of reasonable foreseeability poses no barrier to finding a duty of care in this case. A police investigator can readily foresee that a targeted suspect is among those persons who could be harmed as a result of the negligent conduct of the investigation. To be sure, when a targeted suspect is in fact the perpetrator of the offence under investigation, the public rather than the suspect may be the actual victim of a substandard investigation. Nonetheless, on the strict question of foreseeability, it is clear that this part of the test is made out.

2.4 *Proximity*

2.4.1 The Search For Analogous Categories

119 It is when we turn to the question of proximity that problems arise. As stated in the above-noted summary of the *Anns* test, the proximity analysis can usefully be started by inquiring whether the case falls, either directly or by analogy, within a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. If the case does fall within such a category of cases, the court can generally be satisfied that there are no residual policy considerations that might negative the imposition of a duty of care, and a duty of care will be found to exist. In this case, Mr. Hill does not dispute that, prior to the Ontario trial judgment in *Beckstead v. Ottawa (City) Chief of Police* (1995), 37 O.R. (3d) 62 (p. 64), no court of common law jurisdiction in Canada, across the Commonwealth or in any state in the U.S. had found a private law duty of care owed by police to suspects in respect of the investigation of crime. Indeed, in jurisdictions outside Ontario, and in Ontario prior to *Beckstead*, courts have declined to recognize such a duty in cases where the issue has arisen. For authorities to this

de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition d'une responsabilité sur la société en général.

2.3 *Prévisibilité*

L'exigence de la prévisibilité raisonnable n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce. Un enquêteur de police peut facilement prévoir qu'un suspect fait partie des personnes auxquelles une enquête menée avec négligence est susceptible de porter préjudice. Évidemment, lorsque le suspect se révèle être l'auteur de l'infraction sous enquête, le public, et non le suspect, peut être la véritable victime d'une enquête bâclée. Cependant, du strict point de vue de la prévisibilité, il est clair que ce volet du critère est respecté.

2.4 *Lien de proximité*

2.4.1 La recherche de catégories analogues

Le lien de proximité est l'élément qui soulève des difficultés. Comme le précise l'extrait qui précède résumant le critère de l'arrêt *Anns*, on peut se demander d'abord si l'affaire s'inscrit, directement ou par analogie, dans une catégorie d'affaires où l'existence d'une obligation de diligence a déjà été reconnue. Dans l'affirmative, il sera généralement possible de convaincre le tribunal qu'aucune autre considération de politique générale n'est susceptible d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence, et l'existence d'une telle obligation sera reconnue. En l'espèce, M. Hill ne conteste pas qu'avant la décision de première instance rendue en Ontario dans l'affaire *Beckstead c. Ottawa (City) Chief of Police* (1995), 37 O.R. (3d) 62 (p. 64), aucun tribunal de common law au Canada, dans le Commonwealth ou aux États-Unis n'avait statué que dans le cadre d'une enquête criminelle, un policier avait une obligation de diligence de droit privé envers le suspect. En effet, dans les autres ressorts, et en Ontario avant *Beckstead*, les tribunaux saisis de la question avaient refusé de reconnaître l'existence

effect, see *Reynen v. Canada* (1993), 70 F.T.R. 158, at para. 5; *McGillivray v. New Brunswick* (1994), 149 N.B.R. (2d) 311 (C.A.), at para. 10; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673 (Gen. Div.); *Collie Woollen Mills Ltd. v. Canada* (1996), 107 F.T.R. 93, at para. 34; *Stevens v. Fredericton (City)* (1999), 212 N.B.R. (2d) 264 (Q.B.); *Dix v. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580, at para. 557; *Kleysen v. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; and *Avery v. Canada (Attorney General)*, [2004] N.B.J. No. 391 (QL), 2004 NBQB 372, at para. 11. See also *A.A.D. v. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213, where at para. 148, Duval J. explicitly declined to recognize the separate tort of negligent investigation while nonetheless considering whether a claim for negligence was made out on the particular facts of that case.

U.K. authorities holding that no duty of care is owed by the police to individual members of the public in the context of the investigation of crime are: *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), at pp. 243-44; *Alexandrou v. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328 (C.A.); *Osman v. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344 (C.A.); *Cowan v. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; and *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24, at paras. 19-23 and 33. See also *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025 (H.L.), at pp. 1030-32, in support of the proposition that the police do not owe a duty of care in the context of an internal police investigation and disciplinary proceeding against police officers.

Australian authorities holding that no duty of care is owed to suspects in the context of a police investigation are *Emanuele v. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339 (A.C.T.S.C.), at p. 359; *Courtney v. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson v. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869, at para. 63; *Tame v. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35, at

d'une telle obligation. Voir à ce sujet *Reynen c. Canada*, [1993] A.C.F. n° 1028 (QL) (1^{re} inst.), par. 5; *McGillivray c. Nouveau-Brunswick* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 311 (C.A.), par. 10; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673 (Div. gén.); *Collie Woollen Mills Ltd. c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 193 (QL) (1^{re} inst.), par. 34; *Stevens c. Fredericton (Ville)* (1999), 212 R.N.-B. (2^e) 264 (B.R.); *Dix c. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580, par. 557; *Kleysen c. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery c. Canada (Attorney General)*, [2004] A.N.-B. n° 391 (QL), 2004 NBQB 372, par. 11. Voir également *A.A.D. c. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213, au par. 148, où la juge Duval a refusé expressément de reconnaître le délit distinct d'enquête négligente, mais s'est demandé néanmoins si l'on avait établi le bien-fondé de l'action pour négligence eu égard aux faits particuliers de l'espèce.

Voici les décisions dans lesquelles les tribunaux du Royaume-Uni ont statué que les policiers n'avaient pas d'obligation de diligence envers les citoyens individuels dans le contexte d'une enquête criminelle : *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), p. 243-244; *Alexandrou c. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328 (C.A.); *Osman c. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344 (C.A.); *Cowan c. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24, par. 19 à 23 et 33. Voir également *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025 (H.L.), p. 1030-1032, confirmant que les policiers n'ont pas d'obligation de diligence dans le cadre d'une enquête interne ou d'une instance disciplinaire visant un policier.

Les décisions australiennes concluant à l'inexistence d'une obligation de diligence envers les suspects dans le contexte d'une enquête policière sont les suivantes : *Emanuele c. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339 (A.C.T.S.C.), p. 359; *Courtney c. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson c. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869, par. 63; *Tame c. New South*

para. 231; *Gruber v. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18, at para. 41; *Duke v. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632, at para. 23; and in New Zealand, *Gregory v. Gollan*, [2006] NZHC 426, at paras. 16-17. See also the discussion in *Sullivan v. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59, at para. 60. Cases holding that no duty of care is owed to individual members of the public in the broader investigatory context are *Cran v. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, at para. 50 (leave to appeal to HCA denied, [2005] HCA Trans 21); and in New Zealand, *Simpson v. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.).

Wales (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35, par. 231; *Gruber c. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18, par. 41; *Duke c. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632, par. 23. Pour la Nouvelle-Zélande, voir *Gregory c. Gollan*, [2006] NZHC 426, par. 16-17. Voir également l'analyse du tribunal dans *Sullivan c. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59, par. 60. Les décisions suivant lesquelles il n'existe aucune obligation de diligence envers les citoyens individuels dans le contexte d'une enquête en général sont les suivantes : *Cran c. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, par. 50 (autorisation d'appel à la HCA refusée, [2005] HCA Trans 21), et en Nouvelle-Zélande, *Simpson c. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.).

122 For American authorities supporting the proposition that police do not owe a duty of care to suspects, see *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), at p. 581; *Thompson v. Olson*, 798 F.2d 552 (1st Cir. 1986), at p. 556; *Kompare v. Stein*, 801 F.2d 883 (7th Cir. 1986), at p. 890; *Kelly v. Curtis*, 21 F.3d 1544 (11th Cir. 1994), at p. 1551; *Orsatti v. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (3d Cir. 1995), at p. 484; *Schertz v. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (7th Cir. 1989), at p. 583. Also relevant are the remarks of Scalia J. in *Castle Rock v. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005), at p. 2810.

Pour ce qui concerne les décisions américaines favorables à la thèse que les policiers n'ont pas d'obligation de diligence envers les suspects, voir *Gregoire c. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), p. 581; *Thompson c. Olson*, 798 F.2d 552 (1st Cir. 1986), p. 556; *Kompare c. Stein*, 801 F.2d 883 (7th Cir. 1986), p. 890; *Kelly c. Curtis*, 21 F.3d 1544 (11th Cir. 1994), p. 1551; *Orsatti c. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (3d Cir. 1995), p. 484; *Schertz c. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (7th Cir. 1989), p. 583. Signalons également les remarques du juge Scalia dans *Castle Rock c. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005), p. 2810.

123 I will mention some of these decisions later in my judgment, but first, a word about *Beckstead* and the decision of the Court of Appeal for Ontario in this case ((2005), 76 O.R. (3d) 481).

Je reviendrai sur certaines de ces décisions. Je me penche d'abord sur la décision *Beckstead* et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire ((2005), 76 O.R. (3d) 481).

124 In *Beckstead*, the Court of Appeal for Ontario confirmed a trial decision holding that a duty of care was owed by the investigating officer to the suspect under investigation ((1997), 37 O.R. (3d) 62 (p. 63)). Notably, however, neither the trial judge nor the panel of the Court of Appeal in that case carried out the *Anns* analysis to determine whether a duty of care in respect of this new category should be found to exist. This lack of any prior authority to support such a holding and the lack of any principled analysis in *Beckstead* prompted the Chief Justice of Ontario to create a five-judge panel

Dans l'arrêt *Beckstead*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance selon laquelle le policier enquêteur avait une obligation de diligence envers le suspect sous enquête ((1997), 37 O.R. (3d) 62 (p. 63)). Il importe de signaler toutefois que ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont repris l'analyse de l'arrêt *Anns* pour déterminer s'il existait une obligation de diligence à l'égard de cette nouvelle catégorie. Vu l'absence de jurisprudence permettant de conclure en ce sens et l'omission de recourir à une analyse fondée sur les principes applicables dans

for the hearing of this case to determine whether *Beckstead* was correctly decided (Court of Appeal judgment, at para. 2).

In support of his conclusion that *Beckstead* was correctly decided, MacPherson J.A., writing for a unanimous court on this issue, relied in part on the existence of a duty of care in an analogous category, stating that “the duty of care exists in Ontario with respect to both suspects (*Beckstead*) and victims (*Jane Doe*)” (para. 65 (emphasis added)). He then concluded that he could “see no principled basis for distinguishing the two categories” (para. 65).

The question whether the relationship between the investigating officer and the victim or potential victim of crime can give rise to a private duty of care has never been considered by this Court and we are not deciding this issue on this appeal. However, given the reliance placed by the Court of Appeal on *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), it is necessary to examine the import of the finding in that case to determine whether the Court of Appeal was correct in concluding that a general duty of care exists with respect to victims and that the categories of victim and suspect are indistinguishable.

First, it is important to properly circumscribe the decision in *Jane Doe*. In order to do so, it may be helpful to briefly review the facts and the findings of the court in that case. From December 1985 to August 1986, a series of sexual assaults took place in Toronto. The sexual assaults shared certain characteristics: each took place in the same downtown Toronto neighbourhood; all the female victims lived in second or third floor apartments; each apartment contained an exterior balcony; and entry to the women’s apartments had been effected via the balconies.

After the fourth incident, but prior to the sexual assault of Jane Doe, the Metropolitan Toronto

Beckstead, le Juge en chef de l’Ontario a constitué un tribunal de cinq juges pour entendre cette affaire et déterminer si l’arrêt *Beckstead* était fondé (jugement de la Cour d’appel, par. 2).

Pour étayer sa conclusion qu’il l’était, le juge MacPherson, au nom des juges unanimes, a notamment invoqué l’existence d’une obligation de diligence dans une catégorie analogue, affirmant que [TRADUCTION] « l’obligation de diligence existe en Ontario envers les suspects (*Beckstead*) et les victimes (*Jane Doe*) » (par. 65 (je souligne)). Il a ajouté qu’il ne [TRADUCTION] « voyait aucune raison de principe d’établir une distinction entre ces deux catégories » (par. 65).

La Cour n’a jamais examiné la question de savoir si le lien entre le policier enquêteur et la victime ou la victime potentielle d’un crime peut faire naître une obligation de diligence de droit privé et elle n’est pas appelée à trancher la question dans le présent pourvoi. Cependant, l’importance accordée par la Cour d’appel au jugement *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (C. Ont. (Div. gén.)), rend nécessaire l’examen de la portée de la conclusion tirée dans cette affaire afin de déterminer si la Cour d’appel a eu raison de conclure qu’une obligation générale de diligence existe envers les victimes et que cette catégorie de personnes ne saurait être distinguée de celle des suspects.

Premièrement, il importe de bien circonscrire la décision *Jane Doe*. Il convient donc de faire brièvement état des faits et des conclusions du tribunal dans cette affaire. Entre décembre 1985 et août 1986, une série d’agressions sexuelles a eu lieu à Toronto. Les agressions avaient certaines caractéristiques en commun : elles avaient eu lieu dans le même secteur du centre-ville de Toronto, les victimes — des femmes — habitaient un appartement au deuxième ou au troisième étage, l’appartement était pourvu d’un balcon et l’agresseur y était entré par la porte du balcon.

Après la quatrième agression, mais avant celle dont a été victime Jane Doe, la Police de la

125

126

127

128

Police Force (“MTPF”) had grounds to believe that a single individual was responsible for the sexual assaults. However, while anticipating that additional assaults were likely to occur, the MTPF deliberately refrained from informing potential victims of the specific risk to them on the grounds that doing so would cause the offender to flee. The trial judge, MacFarland J. (as she then was), found that the circumstances of the case suggested that “the women were being used — without their knowledge or consent — as ‘bait’ to attract a predator whose specific identity then was unknown to the police, but whose general and characteristic identity most certainly was” (p. 725).

129

According to MacFarland J., the MTPF’s decision not to inform members of the public who had been identified as being at risk was grossly negligent. Importantly, however, MacFarland J. took care to delineate the scope of the duty thus breached. She was “satisfied on the evidence that a meaningful warning could and should have been given to the women who were at particular risk” (p. 730 (emphasis added)). MacFarland J. went on to find that “the police failed utterly in their duty to protect these women and the plaintiff in particular from the serial rapist the police knew to be in their midst by failing to warn so that they may have had the opportunity to take steps to protect themselves” (p. 732 (emphasis added)). MacFarland J. concluded that “[h]ere police were aware of a specific threat or risk to a specific group of women and they did nothing to warn those women of the danger they were in, nor did they take any measures to protect them” (p. 732 (emphasis added)).

130

Hence, the trial judge in *Jane Doe* held that where the police are aware of a *specific* threat to a *specific* group of individuals, the police have a duty to inform those individuals of the specific threat in question so that they may take steps to protect themselves from harm. As Moldaver J. (as he then was) said, speaking for the Divisional Court in confirming that the action could proceed to trial, “[w]hile the police owe certain duties to the

communauté urbaine de Toronto (« PCUT ») avait des motifs de croire qu’une seule personne était l’auteur de ces crimes. Or, même si elle s’attendait à de nouvelles agressions, la PCUT s’est délibérément abstenue d’informer les victimes potentielles du risque précis qu’elles couraient au motif que si elle l’avait fait, le contrevenant aurait pris le large. Présidant le procès, la juge MacFarland (maintenant juge à la Cour d’appel) a conclu que les circonstances de l’affaire donnaient à penser que [TRADUCTION] « les femmes avaient — à leur insu ou sans leur consentement — servi d’“appât” pour attirer le prédateur dont la police ignorait l’identité exacte, mais connaissait assurément le profil général et les caractéristiques » (p. 725).

Selon la juge MacFarland, en décidant de ne pas informer les citoyennes qu’elle jugeait « à risque », la PCUT a commis une négligence grave. Mais surtout, la juge MacFarland a pris la peine de délimiter la portée de l’obligation à laquelle il y avait ainsi eu manquement. Elle s’est dite [TRADUCTION] « convaincue, au vu de la preuve, que les femmes courant un risque particulier auraient pu et auraient dû être dûment mises en garde » (p. 730 (je souligne)). Elle a ensuite conclu que [TRADUCTION] « la police a gravement manqué à son obligation de protéger ces femmes et la demanderesse en particulier contre le violeur en série qu’elle savait rôder dans leur voisinage en omettant de les prévenir de manière qu’elles puissent prendre des précautions » (p. 732 (je souligne)). Elle a ajouté : [TRADUCTION] « [e]n l’espèce, la police connaissait l’existence de la menace ou du risque précis auquel était exposé un groupe de femmes en particulier et elle n’a rien fait pour prévenir ces femmes du danger qu’elles couraient, ni pris de mesures pour les protéger » (p. 732 (je souligne)).

La juge du procès a donc conclu que lorsque la police sait qu’une menace *précise* pèse sur des personnes *en particulier*, elle a l’obligation d’en informer celles-ci de manière qu’elles puissent prendre des précautions. Comme l’a dit le juge Moldaver (maintenant juge de la Cour d’appel) au nom de la Cour divisionnaire en confirmant que l’action pouvait être instruite, [TRADUCTION] « même si la police a certaines obligations envers

public at large, they cannot be expected to owe a private law duty of care to every member of society who might be at risk”: *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580, at p. 584. Hence, *Jane Doe* cannot be read to stand for the wide proposition that the police owe a *general* duty of care to *all potential* victims of crime. Such an interpretation would ignore the fact that there must be more than mere foreseeability of harm before a duty of care will arise; there must also be sufficient proximity between the parties and the absence of policy considerations negating the existence of any *prima facie* duty of care.

Without further qualification, therefore, I find myself unable to endorse MacPherson J.A.’s broad conclusion in this case that “the duty of care exists in Ontario with respect to . . . victims” (para. 65). I also respectfully disagree with his assertion that there is no principled basis on which to distinguish between the two categories. To the contrary, there is crucial distinction between victim and suspect. The distinction resides in the fact that the public interest in having police officers investigate crime for the purpose of apprehending offenders and a potential victim’s interest in being protected from the offenders are generally reconcilable. In contrast, the police officer’s duty to investigate crime and apprehend offenders is diametrically opposed to the interests of the person under investigation. This is because the suspect’s interest, regardless of whether that suspect is the actual perpetrator of the crime, is *always* to be left alone by the state. In other words, the suspect’s interest is *always* at odds with the public interest in the context of a criminal investigation. I will explain.

That a perpetrator’s interest is at odds with the public interest in having him investigated and apprehended is too obvious to require explanation. It is important in this context to appreciate, however, that the interests of the suspect who is factually innocent of any criminal involvement is also at odds with the fulfilment of the officer’s public duty to investigate crime. In my respectful view, it

la population en général, elle ne saurait avoir une obligation de diligence de droit privé envers chaque citoyen susceptible de courir un danger » : *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580, p. 584. On ne peut donc aller jusqu’à affirmer sur le fondement de la décision *Jane Doe* que la police a une obligation *générale* de diligence vis-à-vis de *toute* victime *potentielle* d’un acte criminel. Ce serait faire abstraction du fait que la simple prévisibilité d’un préjudice ne peut faire naître à elle seule une obligation de diligence, car un lien de proximité suffisant doit en outre exister entre les parties et aucune considération de politique générale ne doit écarter l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*.

Parce qu’elle manque de nuance, je ne puis donc souscrire à la conclusion générale tirée par le juge MacPherson en l’espèce, à savoir que [TRADUCTION] « l’obligation de diligence existe en Ontario envers les [. . .] victimes » (par. 65). En toute déférence, je suis également en désaccord avec son affirmation qu’il n’y a aucune raison de principe d’établir une distinction entre les deux catégories. Au contraire, il existe une distinction fondamentale entre la victime et le suspect et elle tient à la possibilité générale de concilier l’intérêt public que sert l’enquête policière visant l’arrestation de l’auteur d’un crime et l’intérêt de la victime que sert sa protection contre les criminels. Par contre, l’obligation du policier d’enquêter sur les crimes et d’arrêter les contrevenants est diamétralement opposée à l’intérêt de la personne sous enquête, car il est *toujours* dans l’intérêt du suspect, qu’il soit ou non l’auteur du crime, de ne pas être importuné par l’État. Autrement dit, l’intérêt du suspect va *toujours* à l’encontre de l’intérêt public dans le contexte d’une enquête criminelle. Je m’explique.

Il est trop manifeste que l’intérêt du criminel va à l’encontre de l’intérêt public servi par sa mise sous enquête et son arrestation pour qu’une explication soit nécessaire. Il importe toutefois de comprendre dans ce contexte que l’intérêt du suspect qui est réellement innocent s’oppose également à l’exécution de la fonction policière d’enquêter sur les crimes. À mon humble avis, il serait naïf de penser

would be naive to simply assume that the innocent suspect's interest is not at odds on the ground that such a person will always be exonerated as a result of the investigation, if the police perform their duty in a competent manner. There is a significant gap between the "reasonable and probable grounds" standard upon which the initiation of the criminal process is based and the ultimate standard of proof beyond a reasonable doubt upon which a conviction is grounded. There is, moreover, a significant public interest in maintaining the long-established lower standard for the initiation of process. The result of this is that a criminal investigation, even of the most stellar quality, may well result in the targeting of the factually innocent. Further, even in those cases where the innocent suspect is exonerated as a result of the investigation, he or she will inevitably have suffered some harm as a result of the process that led to his exoneration: her reputation may be tarnished, or she may have suffered economic loss. This is why I say that *all* suspects, whether they have in fact committed the offence or not, stand to lose from being targeted by the police. It is *always* in the suspect's personal interest to be left alone by the state.

133 Therefore, victims and suspects are not analogous categories.

134 The Court of Appeal also placed some reliance on this Court's decision in *Odhavji* in support of the approach it adopted (para. 71). In my view, however, *Odhavji* provides little assistance in determining the question that occupies us on this appeal. *Odhavji* involved a suit brought against the Metropolitan Toronto Chief of Police by the family of an individual who had been fatally shot by the police. The plaintiffs alleged that the Chief owed them a duty of care to ensure that officers co-operated with the Special Investigations Unit, and that the Chief had breached that duty, resulting in harm to the family. This Court refused to strike the plaintiff's statement of claim as disclosing no cause of action, noting in particular that s. 41(1)(b) of the *Police Services Act* imposed on the Chief a "freestanding statutory obligation to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police*

le contraire simplement parce que la personne en question sera toujours innocentée à l'issue de l'enquête si les policiers s'acquittent de leur obligation avec compétence. Il existe un écart important entre les « motifs raisonnables et probables » requis pour enclencher le processus pénal et la preuve hors de tout doute raisonnable sur laquelle doit se fonder la déclaration de culpabilité à l'issue du processus. Qui plus est, il est nettement dans l'intérêt public de conserver l'exigence minimale établie de longue date pour l'enclenchement du processus. Il s'ensuit que même l'enquête la plus rigoureuse peut faire en sorte qu'une personne en réalité innocente se retrouve dans la mire des policiers. Et même lorsque le suspect est disculpé à l'issue de l'enquête, celle-ci lui a inévitablement infligé un préjudice : sa réputation ou ses finances peuvent en avoir souffert. C'est pourquoi j'estime que *tous* les suspects, qu'ils aient ou non commis l'infraction, ont tout à perdre d'être dans la mire des policiers. Il est *toujours* dans l'intérêt personnel du suspect de ne pas être importuné par l'État.

Par conséquent, victimes et suspects ne forment pas des catégories analogues.

La Cour d'appel s'est en outre appuyée jusqu'à un certain point sur notre arrêt *Odhavji* pour justifier sa conclusion (par. 71). Or, selon moi, cet arrêt ne permet guère de trancher la question soulevée en l'espèce. Dans cette affaire, la famille d'un individu abattu par la police avait poursuivi le chef de police de la Communauté urbaine de Toronto. Les demandeurs soutenaient que le défendeur avait envers eux une obligation de diligence, celle de faire en sorte que les policiers collaborent avec l'unité des enquêtes spéciales, et qu'il avait manqué à cette obligation, leur causant ainsi un préjudice. La Cour a refusé de radier la déclaration des demandeurs pour absence de cause d'action, signalant en particulier que suivant l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers*, le chef avait l'« obligation distincte de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et aux

Services Act and the needs of the community” (*Odhavji*, at para. 58). This Court took this to support the finding of a relationship of proximity. By way of contrast, no similar specific statutory duty can be pointed to in the present case. Consequently, *Odhavji* does not provide us with an analogous category in which a duty of care has previously been found to exist either.

Because this case does not fall either directly or by analogy within a category of cases in which a duty of care has previously been recognized, it is necessary to turn to the proximity inquiry under the *Anns* test to determine whether the relationship between an investigating officer and a suspect under investigation is sufficiently close to give rise to a *prima facie* duty of care.

2.4.2 The Interests Engaged by the Relationship Between the Investigator and the Investigated

As explained by my colleague (at paras. 26-30), the question at this stage of the inquiry is whether the relationship between the investigating officer and the suspect is such as “to make the imposition of legal liability for negligence appropriate”. Proximity is closely connected to the notion of foreseeability: the relationship must be sufficiently close and direct that the defendant *ought* to have had the plaintiff in mind as a person who could potentially be harmed by his or her conduct. But proximity is not exhausted by foreseeability. In addition, other factors that may bear on the question of whether the relationship between the defendant and the plaintiff is capable of supporting legal liability must be considered (*Cooper*, at para. 37). Such factors may include expectations, representations, reliance and the nature of the interests that characterize the relationship (*Cooper*, at para. 34). However, no definitive list of factors is possible and the list will vary depending on the circumstances of the case (*Cooper*, at para. 35).

There is no question that the relationship between police officer and suspect is sufficiently close and direct that the investigating officer ought to have the targeted suspect in mind as a person potentially

besoins de la collectivité » (*Odhavji*, par. 58). La Cour en a conclu qu’il existait un lien de proximité. Or, pareille obligation légale ne peut être invoquée en l’espèce. En conséquence, dans l’arrêt *Odhavji*, la Cour n’a pas non plus reconnu l’existence d’une obligation de diligence dans une catégorie analogue.

Comme la présente affaire ne s’inscrit ni directement ni par analogie dans une catégorie pour laquelle l’existence d’une obligation de diligence a déjà été reconnue, il nous faut, conformément au critère de l’arrêt *Anns*, déterminer s’il existe entre le policier enquêteur et le suspect sous enquête un lien suffisamment étroit pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*.

2.4.2 Les intérêts mis en jeu par le lien entre l’enquêteur et la personne sous enquête

Comme l’explique ma collègue aux par. 26 à 30 de ses motifs, à cette étape de l’analyse, la question est de savoir si le lien entre le policier enquêteur et le suspect est suffisamment étroit « pour justifier l’imposition d’une obligation de diligence ». La notion de proximité est intimement liée à celle de la prévisibilité : le lien doit être étroit et direct au point que le défendeur *ait dû* voir dans le demandeur une personne susceptible d’être lésée par ses actes. Or, la proximité ne tient pas qu’à la prévisibilité. D’autres facteurs pertinents quant à savoir si le lien entre le défendeur et le demandeur est susceptible de justifier l’imposition d’une obligation légale doivent également être pris en compte (*Cooper*, par. 37), dont les attentes, les déclarations, la confiance et la nature des intérêts propres à la relation (*Cooper*, par. 34). Les facteurs à considérer varient toutefois au gré des circonstances de chaque espèce et ne se prêtent pas à une énumération définitive (*Cooper*, par. 35).

Il ne fait aucun doute que le lien entre le policier et le suspect est étroit et direct au point que le policier enquêteur a dû voir dans le suspect une personne susceptible d’être lésée par ses actes.

135

136

137

harméd by his actions. As I have noted, however, other factors engaged by the relationship must also be considered in order to reach a conclusion regarding proximity. In my view, none of these further factors, either jointly or severally, is sufficient to give rise to the required proximate relationship.

138 McLachlin C.J. identifies the expectations of the parties and the interests engaged by the relationship as relevant factors giving rise to a relationship of proximity. In respect of the first factor, my colleague states: “Viewed from the broader societal perspective, suspects may reasonably be expected to rely on the police to conduct their investigation in a competent, non-negligent manner” (para. 39). From a logical standpoint, I take no issue with this proposition. Since society undoubtedly relies on police officers to perform their public duty to investigate crime and apprehend criminals in a competent, non-negligent manner, the suspect, as a member of that society, may reasonably be said to share that expectation. The critical factor, however, and one which, in my view, strongly militates *against* the recognition of a duty of care is the second one, the interests engaged by the relationship.

139 McLachlin C.J. describes the high interests at stake for the targeted suspect. As she states, the suspect “has a critical personal interest in the conduct of the investigation. At stake are his freedom, his reputation and how he may spend a good portion of his life” (para. 34). In addition, as the Statement of Claim in this case reveals, the targeted suspect’s financial interests are also engaged. Mr. Hill claims loss of wages, decreased future income earning ability and numerous out-of-pocket expenses. My colleague concludes that “[t]hese high interests support a finding of a proximate relationship giving rise to a duty of care” (para. 34). With respect, however, the suspect’s interests are not the only interests engaged by the relationship. As aptly stated in *Childs v. Desormeaux*:

The law of negligence not only considers the plaintiff’s loss, but explains why it is just and fair to impose the cost of that loss on the particular defendant before the court. The proximity requirement captures this two-sided face of negligence. [para. 25]

Cependant, je rappelle que le lien de proximité doit être déterminé au regard des autres facteurs que met en jeu la relation. À mon avis, ces autres facteurs, ensemble ou séparément, ne suffisent pas à établir le lien de proximité requis.

Selon la juge en chef McLachlin, les attentes des parties et les intérêts en jeu permettent de conclure à l’existence du lien de proximité. En ce qui concerne le premier facteur, ma collègue dit : « Du point de vue social en général, le suspect peut à bon droit s’attendre à ce que les policiers enquêtent avec compétence et diligence » (par. 39). Je n’en disconviens pas sur le plan logique. Puisque la société s’attend assurément à ce que les policiers s’acquittent avec compétence et diligence de leur devoir public d’enquêter sur les crimes et d’arrêter les contrevenants, il est raisonnable de penser que le suspect, en tant que membre de la société, s’y attend aussi. Toutefois, le facteur déterminant et qui, à mon sens, milite grandement *contre* la reconnaissance d’une obligation de diligence, est le deuxième, celui des intérêts mis en jeu par la relation.

La juge en chef McLachlin fait état de l’enjeu important pour le suspect. Selon elle, le suspect « a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l’enquête. Sa liberté, sa réputation et une grande partie de son avenir sont en jeu » (par. 34). En outre, comme il appert de la déclaration de M. Hill, les intérêts financiers du suspect sont aussi en jeu. M. Hill fait état d’une perte de revenus, d’une diminution de sa capacité de gain ultérieure et de nombreuses dépenses. Ma collègue conclut : « l’importance de ces intérêts permet de conclure qu’un lien de proximité fait naître une obligation de diligence » (par. 34). En toute déférence, les intérêts du suspect ne sont cependant pas les seuls que met en jeu la relation. Comme la Cour l’a dit avec justesse dans l’arrêt *Childs c. Desormeaux* :

En matière de négligence, le droit s’attache non seulement à la perte subie par le demandeur, mais explique pourquoi il est juste et équitable de faire supporter le coût de cette perte par un défendeur donné devant le tribunal. L’exigence du lien de proximité englobe ces deux facettes du droit de la négligence. [par. 25]

In other words, in assessing the proximity of the relationship between plaintiff and defendant, we must pay attention not only to the plaintiff's interests; we must also pay attention to those of the defendant, in this case the investigating officers. This requires us to consider their role in the enforcement of the criminal law.

The enforcement of the criminal law is one of the most important aspects of the maintenance of law and order in a free society. Police officers are the main actors who have been entrusted to fulfill this important function. Often, this requires police officers to make decisions that might adversely affect the rights and interests of citizens. As the Canadian Association of Chiefs of Police notes in its factum:

While there is a superficial similarity between liability in negligence for police officers and liability in negligence for other professionals, there is also a fundamental distinction. Other professionals have a private law duty to act in the best interests of their clients. Police officers however are public office holders, and have a public duty to act in the best interests of society as a whole. This public interest is not synonymous with the interests of private citizens in a police investigation. As stated in *Odhavji Estate* [at para. 28], “[i]n a democracy, public officers must retain the authority to make decisions that, where appropriate, are adverse to the interests of certain citizens”. [para. 22]

The importance of maintaining the police officer's authority to make decisions in the public interest that are adverse to certain citizens is underscored in the case of suspects. As I explained earlier, because society's interest in having the police investigate crime and apprehend criminals inevitably collides with the suspect's interest to be left alone by the state, the imposition of a private duty of care would of necessity give rise to conflicting duties. I am not suggesting, as stated by the Chief Justice (at para. 42), that the police have “a duty to leave people alone”. I am saying that it is always in the *interest* of individual members of society to be left alone rather than to be investigated by the police. This is because the individual, whether innocent or not, always stands to lose from being targeted by the police. Therefore, the imposition on the police

En d'autres termes, pour déterminer s'il existe un lien de proximité entre le demandeur et le défendeur, il faut non seulement tenir compte des intérêts du demandeur, mais également de ceux du défendeur, ce qui commande en l'occurrence l'examen du rôle du policier enquêteur dans l'application du droit criminel.

L'application du droit criminel est l'un des volets les plus importants du maintien de la loi et de l'ordre dans une société libre. Cette mission importante est confiée principalement aux policiers qui, pour s'en acquitter, doivent souvent prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et les intérêts de citoyens. Comme le signale l'Association canadienne des chefs de police dans son mémoire :

[TRADUCTION] Même si, en apparence, la responsabilité pour négligence du policier s'apparente à celle des autres professionnels, elle présente aussi une différence fondamentale. Les autres professionnels ont l'obligation de droit privé d'agir dans l'intérêt de leurs clients. Le policier est titulaire d'une charge publique et a le devoir public d'agir dans l'intérêt de la société en général. Cet intérêt public ne saurait être confondu avec l'intérêt d'un citoyen individuel lors d'une enquête policière. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Succession Odhavji* [par. 28], « [e]n démocratie, les fonctionnaires publics doivent conserver le pouvoir de prendre des décisions qui, le cas échéant, vont à l'encontre des intérêts de certains citoyens ». [par. 22]

Il importe encore plus que le policier conserve le pouvoir de prendre, dans l'intérêt public, une décision défavorable à un citoyen en particulier lorsque cette décision vise un suspect. Comme je l'ai expliqué, l'intérêt qu'a la société à ce que les policiers enquêtent sur les crimes et arrêtent les contrevenants entre inévitablement en conflit avec l'intérêt du suspect à ne pas être importuné par l'État. C'est pourquoi l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé donnerait nécessairement lieu à des obligations contradictoires. Contrairement à ce que dit la Juge en chef au par. 42, je ne laisse pas entendre que les policiers ont « l'obligation de ne pas importuner les gens ». Je dis qu'il est toujours dans l'*intérêt* du citoyen individuel d'être laissé en paix au lieu d'être soumis à une enquête policière. Il en est ainsi parce que le citoyen, qu'il soit innocent

of a legal duty to take reasonable care not to harm the individual inevitably pulls the police away from targeting that individual as a suspect. In such circumstances, it is neither just nor fair to the individual police officers, nor in the interest of society generally, to impose on police officers a duty that brings in its wake a set of conflicting duties.

ou non, s'expose toujours à un préjudice lorsqu'il fait l'objet d'une enquête. S'il était légalement tenu de prendre des mesures raisonnables pour ne pas infliger de préjudice à une personne, le policier se retrouverait nécessairement soumis à des forces contraires au moment de considérer cette personne comme suspecte. Il n'est donc ni juste ni équitable pour le policier, pas plus qu'il n'est dans l'intérêt de la société en général, de lui imposer une obligation qui fait naître, dans sa foulée, un ensemble d'obligations contradictoires.

141 By way of example, we need only consider the — unfortunately not uncommon — occurrence of the suspected impaired driver. If in acting to combat impaired driving the police were duty-bound to take into account not only the public interest but also the suspect's interests, in all but the most obvious cases of impairment, the officer might well be advised to simply let the suspect go rather than risk harming the suspect by initiating a criminal law process that may not result in a conviction. By letting the suspect go, the officer would also avoid the risk of time-consuming legal entanglements and potential civil liability. This cautionary approach may seem even more advisable to the officer if the suspect in question is a person of stature and means who may personally stand to lose more from being “wrongfully” dragged into the criminal justice system.

Considérons par exemple le cas — malheureusement pas inusité — de la personne soupçonnée de conduite en état d'ébriété. Si, dans la lutte contre l'alcool au volant, le policier avait l'obligation de tenir compte non seulement de l'intérêt public, mais aussi des intérêts du suspect, peut-être vaudrait-il mieux, sauf dans les cas les plus patents de conduite en état d'ébriété, qu'il laisse simplement le suspect partir au lieu de risquer de lui causer un préjudice en enclenchant un processus pénal susceptible de ne pas mener à une déclaration de culpabilité. Ainsi, il échapperait de plus au risque de démêlés judiciaires prolongés et à toute responsabilité civile éventuelle. Cette prudence pourrait lui paraître encore plus opportune lorsque le suspect est une personne influente pouvant avoir plus à perdre d'une poursuite criminelle « injustifiée ».

142 I do not mean to suggest that if a duty of care towards suspects is recognized, police officers will become “so apprehensive, easily dissuaded from doing their duty and intent on preserving public funds from costly claims” that they will be incapable of carrying out their assigned duties (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), at p. 1033, *per* Lord Reid). Like Lord Reid, in my view, the police are made of sterner stuff. Rather, my point is that the overly cautious approach that may result from the imposition of conflicting duties would seriously undermine *society's interest* in having the police investigate crime and apprehend offenders. Mr. Hill purports to answer this argument by denying that the police officer would be faced with such concerns because, he argues, the officer could always safely stand behind the reasonable and probable grounds standard. I will have more

Je ne veux pas dire par là que la reconnaissance d'une obligation de diligence envers les suspects rendrait les policiers [TRADUCTION] « si craintifs qu'ils renonceraient facilement à accomplir leur devoir et se soucieraient de protéger les fonds publics contre de coûteuses poursuites », devenant alors incapables de s'acquitter de leurs fonctions (*Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), p. 1033, lord Reid). À l'instar de ce dernier, j'estime que les policiers sont d'une autre trempe. Je crois plutôt que la prudence excessive dont ils pourraient faire preuve en raison de leurs obligations contradictoires irait sérieusement à l'encontre de *l'intérêt qu'a la société* à ce qu'ils enquêtent sur les crimes et arrêtent les contrevenants. M. Hill affirme au contraire que les policiers ne se heurteraient pas à un tel dilemme, car ils pourraient toujours se réfugier derrière l'existence de motifs raisonnables et

to say about the reasonable and probable grounds standard below. For the moment, however, let me simply say that I am dubious that a police officer, who has spent time in impaired driving court and who has witnessed countless legal debates about whether the arresting officer had the requisite reasonable and probable grounds to believe the suspect had been driving while impaired, would regard this standard as a sufficient safety net. Therefore, I am not persuaded that the potential ramifications of imposing on police these conflicting duties can be so easily answered by an appeal to the reasonable and probable grounds standard.

If authority is needed in support of the proposition that the imposition of conflicting duties is to be avoided, we need to look no further than the decisions of this Court in *Cooper* and *Edwards*. In both cases, the defendants were found to owe duties to the public at large, and private claims against them were dismissed at the pleadings stage for failure to disclose a reasonable cause of action.

In *Cooper*, the Registrar of Mortgage Brokers was sued for alleged negligence in failing to exercise his statutory powers with appropriate care to avoid or minimize a loss suffered by the plaintiff resulting from the improper actions of a mortgage broker. This Court found that there was no private duty of care in part because “a duty to individual investors would potentially conflict with the Registrar’s overarching duty to the public” (para. 44).

Edwards involved a similar claim against the Law Society of Upper Canada for its alleged negligence in failing to protect a class of fraud victims from improper conduct on the part of a solicitor. This Court refused to impose a private duty of care because imposing liability for negligence on the Law Society would be inconsistent with the Society’s “public interest” role. The Court agreed with the following excerpt from Finlayson J.A.’s judgment in the Court of Appeal for Ontario, at para. 6:

probables. J’y reviendrai. Pour l’heure, j’exprime seulement le doute qu’un policier qui a déjà témoigné dans des affaires de conduite en état d’ébriété et assisté à d’innombrables débats judiciaires quant à savoir si le policier ayant procédé à l’arrestation avait des motifs raisonnables et probables de croire que le suspect avait pris le volant en état d’ébriété, puisse considérer que l’existence de tels motifs le protège amplement. Par conséquent, je ne suis pas convaincue que la norme des motifs raisonnables et probables permette de remédier si facilement aux conséquences possibles de l’assujettissement du policier à de telles obligations contradictoires.

Il suffit de se reporter aux arrêts *Cooper* et *Edwards* de la Cour pour étayer la thèse que l’imposition d’obligations contradictoires doit être évitée. Dans les deux affaires, le défendeur avait été reconnu débiteur d’une obligation envers le public en général et le recours privé intenté contre lui avait été rejeté au motif que la déclaration ne révélait aucune cause d’action fondée.

Dans l’affaire *Cooper*, le demandeur avait poursuivi le registrateur des courtiers en hypothèques pour négligence, lui reprochant de n’avoir pas exercé ses pouvoirs légaux avec la diligence requise pour lui éviter les pertes infligées par les irrégularités d’un courtier en hypothèques, ou pour les réduire. La Cour a conclu à l’inexistence d’une obligation de diligence de droit privé au motif, notamment, que « si le registrateur avait une obligation envers chaque investisseur, cette obligation serait susceptible d’aller à l’encontre de l’obligation qu’il a à l’égard des intérêts supérieurs du public » (par. 44).

Dans l’affaire *Edwards*, un recours semblable avait été intenté contre le Barreau du Haut-Canada pour omission de protéger une catégorie de personnes victimes de fraude contre les malversations d’un avocat. La Cour a refusé d’imposer au Barreau une obligation de diligence de droit privé parce que l’existence d’une telle obligation aurait été incompatible avec le rôle de l’organisme relatif à « l’intérêt public ». La Cour a approuvé l’extrait suivant des motifs du juge Finlayson de la Cour d’appel de l’Ontario :

The public is well-served by refusing to fetter the investigative powers of the Law Society with the fear of civil liability. The invocation by the plaintiffs of the “public interest” role of the Law Society seems to be misconceived as it actually works to undermine their argument. . . . [T]he Law Society cannot meet this obligation if it is required to act according to a private law duty of care to specific individuals such as the appellants. The private law duty of care cannot stand alongside the Law Society’s statutory mandate and hence cannot be given effect to.

[TRADUCTION] Le public est bien servi par le refus d’entraver les pouvoirs d’enquête du Barreau par la crainte de la responsabilité civile. Le fait pour les appelants d’invoquer le rôle relatif à l’« intérêt public » du Barreau semble inopportun puisqu’il a pour effet d’affaiblir leur argument [. . .] [L]e Barreau ne peut satisfaire à cette obligation s’il est tenu d’agir conformément à une obligation de diligence de droit privé à l’égard de particuliers comme les appelants. L’obligation de diligence de droit privé ne peut coexister avec le mandat conféré par la loi au Barreau et, partant, elle ne peut être mise en œuvre. [par. 6]

146

It might be objected that in each of *Cooper* and *Edwards* a particular statutory scheme brought the parties together and that that statutory scheme was what stood in the way of a finding of proximity. However, this provides no basis for declining to apply the same principle to this case. Although the police officer’s duty to investigate crime and apprehend suspects is rooted in common law, it is also recognized, expressly or impliedly, by statute. Furthermore, the relationship between the investigating officer and the suspect arises in the context of the criminal law and regulatory law, both of which are governed almost entirely by statute. In fact, in my view, the conflicting duties that would arise in this case are far more acute than those in *Cooper* or *Edwards* where, at least in some instances, the interest of the potential victim can be reconciled with the interest of the public. After all, both the investing public and the private investor might have as an interest the shutting down of unscrupulous mortgage brokers. By contrast, as I have explained earlier, it is *never* in the interest of the targeted suspect that the police investigate him or her. This suggests again that the interests of the public in having police officers investigate crime and the interests of suspects are inherently and diametrically opposed.

On peut objecter que dans chacune de ces affaires, un régime législatif particulier créait un lien entre les parties et que c’est ce régime législatif qui a fait obstacle à la reconnaissance d’un lien de proximité. Or, il ne s’ensuit pas qu’il faille refuser d’appliquer le même principe en l’espèce. Bien que l’obligation du policier d’enquêter sur les crimes et d’arrêter les suspects trouve sa source dans la common law, elle est également reconnue, explicitement ou implicitement, dans la loi. De plus, le lien entre le policier enquêteur et le suspect s’inscrit dans le contexte du droit criminel et du droit réglementaire, lesquels sont presque entièrement d’origine législative. Je crois en fait que les obligations contradictoires considérées en l’espèce sont beaucoup plus préoccupantes que dans les affaires *Cooper* ou *Edwards* où l’intérêt de la victime éventuelle pouvait, du moins dans certains cas, être concilié avec celui du public. Après tout, il pourrait être dans l’intérêt des investisseurs en général et de l’investisseur en cause qu’il soit mis fin aux activités de certains courtiers en hypothèques peu scrupuleux. En revanche, comme je l’ai expliqué, il n’est *jamaïs* dans l’intérêt du suspect d’être soumis à une enquête policière. Il s’ensuit encore une fois que l’intérêt public servi par l’enquête criminelle s’oppose en soi diamétralement à l’intérêt du suspect.

147

This opposition of interests has been recognized by courts in other countries as a sufficient reason not to impose a duty of care. The imposition of a duty of care in negligence owed to suspects has been held to be inconsistent with a police officer’s duty to fully investigate the conduct in question. For example, Australian courts have reasoned that to impose a duty of care in negligence to a person

Des tribunaux étrangers ont vu dans cette opposition des intérêts en jeu un motif suffisant de ne pas imposer d’obligation de diligence. L’existence d’une telle obligation envers les suspects a été jugée incompatible avec le devoir du policier de mener une enquête complète. Par exemple, les tribunaux australiens ont conclu que l’imposition d’une obligation de diligence envers une personne sous

whose conduct is under investigation would conflict with and constrain the proper performance of the police officers' duty to fully investigate the conduct in question: see *Tame v. New South Wales*, at paras. 231 and 298-99; *Gruber v. Backhouse*, at paras. 29-30 and 35-39. Similarly, in England, the House of Lords has refused to extend the duty of care on the basis of a conflict with the "fearless and efficient discharge by police officers of their vitally important public duty of investigating crime": *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, at p. 1030; see also *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, at pp. 240-41; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, at para. 30.

To sum up: in my view, although in the present case there is foreseeability of harm, there remains a lack of proximity. Consequently, I would conclude on the ground of lack of proximity alone that the relationship between the investigating officer and the suspect does not give rise to a *prima facie* duty of care. However, even if some degree of proximity were found, and even if this degree of proximity were held to be sufficient to give rise to a *prima facie* duty of care, it is my position that a consideration of additional policy considerations would militate against the recognition of such a duty. This takes us to the second stage of the *Anns* test.

2.5 Residual Policy Considerations

2.5.1 Potential Impact on the Exercise of Police Discretion

It is at the second stage of the *Anns* test that so-called residual policy considerations fall to be considered. At this stage we are "not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally" (*Cooper*, at para. 37; see also *Edwards*, at para. 10). I begin my analysis of the residual policy considerations with the question of police discretion since discussion of this factor is more closely related to the issue of conflicting duties we have just discussed. McLachlin C.J. finds that the discretion inherent in police work fails to provide a convincing reason to negate the proposed duty of care

enquête s'opposerait et nuirait au bon accomplissement du devoir du policier de faire une enquête exhaustive : voir *Tame c. New South Wales*, par. 231 et 298-299; *Gruber c. Backhouse*, par. 29-30 et 35-39. De même, en Angleterre, la Chambre des lords a refusé d'imposer l'obligation de diligence, la jugeant incompatible avec [TRADUCTION] « l'exécution sûre et efficace du devoir du policier d'enquêter sur les crimes, un devoir d'une importance capitale pour le public » : *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, p. 1030; voir aussi *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, p. 240-241; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, par. 30.

En résumé, malgré la prévisibilité du préjudice en l'espèce, le lien de proximité demeure absent. Je conclus donc, pour ce seul motif, que le lien entre le policier enquêteur et le suspect ne fait pas naître une obligation de diligence *prima facie*. Toutefois, même si l'on concluait à l'existence d'un certain degré de proximité et l'on estimait que ce degré de proximité suffit à faire naître une obligation de diligence *prima facie*, d'autres considérations de politique générale militeraient contre la reconnaissance de cette obligation. Ce qui nous amène au deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*.

2.5 Autres considérations de politique générale

2.5.1 Répercussions possibles sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du policier

C'est à la deuxième étape de l'analyse de l'arrêt *Anns* qu'il convient d'examiner les autres considérations de politique générale. À cette étape, l'examen « ne port[e] pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37; voir aussi *Edwards*, par. 10). Je me penche d'abord sur le pouvoir discrétionnaire du policier, cette autre considération de politique générale étant plus intimement liée aux obligations contradictoires dont j'ai fait état précédemment. La juge en chef McLachlin estime que le pouvoir discrétionnaire inhérent au

because, in her view, it is a factor to be “taken into account in formulating the *standard* of care, not whether a duty of care arises” (para. 51 (emphasis in original)). I disagree. The concern about police discretion in this context is not whether courts will be able to properly distinguish between mere errors of judgment and negligent acts. Police discretion is a significant factor because the police have the discretionary power not to investigate further or engage the criminal process despite the existence of reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed. A concern therefore arises from the fact that, should this Court recognize a private duty of care owed to the suspect under investigation, this power could be exercised, not to advance the public interest as it should be, but out of a fear of civil liability.

travail policier ne constitue pas un motif convaincant d’écarter l’obligation de diligence proposée, car ce facteur « doit être pris en considération pour formuler la *norme* de diligence, et non pour déterminer s’il y a ou non une obligation de diligence » (par. 51 (en italique dans l’original)). Je ne suis pas d’accord. La question n’est pas celle de savoir si les tribunaux pourront faire la différence entre une simple erreur de jugement et un acte de négligence. Le pouvoir discrétionnaire du policier est un facteur important parce que son exercice peut mener à la décision de ne pas poursuivre l’enquête ou de ne pas enclencher le processus pénal, malgré l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise. Il y a donc lieu de craindre, advenant que la Cour reconnaisse l’existence d’une obligation de diligence de droit privé envers le suspect sous enquête, que ce pouvoir soit exercé non pas dans l’intérêt public comme il se doit, mais dans le dessein de se soustraire à la responsabilité civile.

150

The police discretionary power has been recognized by this Court as “an essential feature of the criminal justice system”: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410. As stated by La Forest J. in that case: “A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid.” Equally important, however, is the need to properly circumscribe this power so that it be exercised solely in the *public interest*. This issue arose recently in *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5. This Court recognized that the police officer’s duty to enforce the law and investigate crimes is not absolute and is subject to the exercise of discretion. “Thus, a police officer who has reasonable grounds to believe that an offence has been committed, or that a more thorough investigation might produce evidence that could form the basis of a criminal charge, may exercise his or her discretion to decide not to engage the judicial process” (para. 37). The Court was quick to add, however, that the discretionary power itself is not absolute and stated that “[f]ar from having *carte blanche*, police officers must justify their decisions rationally.” The exercise of the discretion must first be justified subjectively: it must have been exercised **honestly** and

Dans l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, la Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire du policier est « une caractéristique essentielle de la justice criminelle » (p. 410). Le juge La Forest a ajouté : « Un système qui tenterait d’éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. » Or, il est tout aussi important de bien circonscrire ce pouvoir afin qu’il ne soit exercé que dans *l’intérêt public*. La Cour a récemment abordé la question dans l’arrêt *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5. Elle a reconnu que le devoir du policier d’appliquer la loi et d’enquêter sur les crimes n’est pas absolu et qu’il est fonction de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. « Ainsi, l’agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise ou qu’une enquête plus approfondie permettrait d’obtenir des éléments de preuve susceptibles de mener au dépôt d’accusations pénales, peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas emprunter la voie judiciaire » (par. 37). La Cour s’est cependant empressée d’ajouter que le pouvoir discrétionnaire lui-même n’est pas absolu et que « [l]e policier est loin d’avoir *carte blanche* et doit justifier rationnellement sa décision. »

transparently, and on the basis of valid and reasonable grounds. In addition, the exercise of discretion must also be justified on the basis of objective factors.

At first blush, it may be thought that the imposition of a private duty of care to the suspect and the consequent potential for civil liability should give rise to no concern about the improper exercise of police discretion. Just as a decision based on favouritism, or on cultural, social or racial stereotypes, cannot constitute a proper exercise of police discretion, so would a police officer be precluded from deciding not to engage the criminal law process simply to avoid potential civil liability. Again, however, I am not persuaded that we can so easily disregard the potential legal and societal ramifications of imposing on police such a duty.

If this Court accepts Mr. Hill's argument, the investigating officer will be *legally bound*, not only to fulfill his or her public duty to enforce the law, but also to take care not to harm the suspect by conduct that may ultimately be found to fall below the relevant standard of care. The law should not impose a duty unless it expects that it will be fulfilled. Of course, the surest way of avoiding harm to the suspect is for the officer to decide to not issue process and not engage the criminal law; in other words, in order to reconcile the conflicting duties imposed by law, the police officer may well choose to avoid any risk of harm to the suspect by the exercise of "police discretion". Since there is a significant gap between the "reasonable and probable grounds" standard to issue process and the "beyond a reasonable doubt" standard to convict, the prudent officer who tries to reconcile his public duty to enforce the law and his private duty not to harm the innocent suspect may be well advised not to issue process except in cases where the evidence is overwhelming. How then would we distinguish between a proper exercise of discretion based on a police officer's desire to fulfill his legal duty of care to the suspect and an improper one

L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit d'abord être justifié subjectivement — il doit être honnête et transparent et reposer sur des motifs valables et raisonnables. En outre, il doit être justifié au regard de critères objectifs.

À première vue, on peut penser que l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé envers le suspect et la responsabilité civile qu'elle est susceptible d'engager ne devraient pas faire craindre l'exercice illégitime du pouvoir discrétionnaire du policier. Tout comme il ne saurait le faire en prenant une décision fondée sur le favoritisme ou sur des stéréotypes culturels, sociaux ou raciaux, le policier ne saurait exercer légitimement son pouvoir discrétionnaire s'il renonce à enclencher le processus pénal seulement pour se soustraire à sa responsabilité civile éventuelle. Mais de nouveau, je ne suis pas convaincue que nous puissions si facilement faire abstraction des conséquences juridiques et sociales possibles de l'imposition au policier d'une telle obligation.

Si la Cour fait droit à la prétention de M. Hill, le policier enquêteur sera non seulement *tenu légalement* d'accomplir son devoir public d'appliquer la loi, mais il devra également se garder de causer un préjudice au suspect en prenant une mesure qui pourrait ultimement être jugée non conforme à la norme de diligence applicable. Le droit ne doit imposer une obligation que si l'on escompte qu'elle sera respectée. Évidemment, le moyen le plus sûr pour le policier d'éviter tout préjudice au suspect est de ne pas engager la procédure pénale. En d'autres termes, pour concilier ses obligations légales contradictoires, le policier pourrait bien décider d'écarter tout risque d'infliger un préjudice au suspect en exerçant son « pouvoir discrétionnaire ». Vu l'écart important entre les « motifs raisonnables et probables » exigés pour l'enclenchement du processus pénal et la preuve « hors de tout doute raisonnable » requise pour la déclaration de culpabilité, le policier prudent qui tente de concilier son devoir public d'appliquer la loi et son obligation privée de ne causer aucun préjudice au suspect innocent serait peut-être bien avisé de n'enclencher le processus pénal que si la preuve est accablante. Comment pourrions-nous

based on the selfish desire to avoid potential civil liability?

alors distinguer entre l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire fondé sur la volonté du policier de s'acquitter de son obligation légale de diligence envers le suspect et celui, illégitime, fondé sur l'intérêt personnel d'échapper à toute responsabilité civile?

153

There is significant public interest in maintaining the long-standing reasonable and probable grounds standard so as to ensure a robust and efficient enforcement of the law. Once this standard is met, it is left to others within the criminal justice system, namely the Crown prosecutor, the preliminary hearing justice, and the ultimate finder of fact, to delve more deeply into the legal and factual merits of a case. As this Court has recognized in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 249-50, the reasonable and probable grounds standard achieves a reasonable balance between the individual's right to liberty and the need for society to be protected from crime. In my view, because the imposition of a private duty of care as suggested in this case could only impede the police officers' ability to perform their public duties fearlessly and with despatch, it would detrimentally upset this delicate balance.

Il est nettement dans l'intérêt public de conserver la norme des motifs raisonnables et probables établie de longue date, car elle garantit l'application rigoureuse et efficace de la loi. Une fois cette norme respectée, il appartient aux autres acteurs du système de justice criminelle, à savoir le procureur de la Couronne, le juge président l'enquête préliminaire et le juge des faits, d'examiner plus avant le bien-fondé juridique et factuel d'une accusation. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, la norme des motifs raisonnables et probables établit un équilibre raisonnable entre le droit individuel à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime (p. 249-250). Étant donné que l'obligation de diligence de droit privé proposée en l'espèce ne pourrait qu'empêcher les policiers d'accomplir leurs devoirs publics avec assurance et célérité, j'estime qu'elle romprait ce subtil équilibre.

2.5.2 Identifying the Wrongfully Convicted for the Purpose of Compensation

2.5.2 Identification, aux fins d'indemnisation, des personnes déclarées coupables à tort d'un crime

154

As stated earlier, Mr. Hill urges this Court to bring "[t]he law of negligence . . . to bear on the problem of wrongful convictions" by recognizing a new tort of negligent investigation. McLachlin C.J. accepts his plea and, in fact, relies on the need to compensate the wrongfully convicted as an important factor in support of finding a duty of care (paras. 36-37). It is noteworthy that the proposed tort would also provide recourse to targeted suspects who, short of being convicted, suffer a loss or injury as a result of a negligent investigation. Indeed, from the plaintiff's viewpoint, it makes little sense to limit the right of action to cases of wrongful conviction. In the context of an action for negligent investigation, the difference between a negligent investigative process that results in a

Je le répète, M. Hill invite la Cour à faire en sorte que [TRADUCTION] « [l]e droit de la négligence [. . .] s'attaque au problème de la déclaration de culpabilité injustifiée » et reconnaisse un nouveau délit, celui d'enquête négligente. La juge en chef McLachlin fait droit à sa demande et considère en fait que la nécessité d'indemniser les personnes déclarées coupables à tort d'un crime est un facteur important qui milite en faveur d'une obligation de diligence (par. 36-37). Il importe de signaler que le délit proposé offrirait également un recours au suspect qui, sans être reconnu coupable, subit une perte ou un préjudice à cause d'une enquête négligente. En effet, du point de vue du demandeur, il n'est guère logique de n'accorder un droit d'action qu'en cas de déclaration de

conviction and one that is terminated at an earlier point would seem to go only to the question of the quantum of damages.

Mr. Hill relies on his ultimate acquittal in support of his claim that the losses he suffered as a result of being subjected to the criminal justice system should be compensable at law. The Crown disputes the notion that this is a case about providing a remedy for the wrongfully convicted, and states the following (factum, at para. 6):

This case is not about preventing wrongful convictions. Wrongfully convicted persons would constitute only a tiny sub-set of the class who would be in a position to sue for negligent investigation (the largest sub-set being those who are acquitted at trial or against whom charges are dropped before trial). Even amongst the wrongfully convicted, few would be able to establish that negligent police investigation caused their conviction.

No one is disputing the validity of Mr. Hill's acquittal. However, the distinction between an acquittal and a finding of innocence must be considered in assessing the potential ramifications of recognizing a tort of negligent investigation. The difficulty arises from the fact that our criminal justice system is not focussed on identifying the innocent. The verdict in a criminal case is guilty or not guilty. A verdict of not guilty is not a factual finding of innocence; neither is an order on appeal overturning a conviction. A verdict of not guilty encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. That reality about our criminal justice system raises difficult questions of public policy when it comes time to consider the issue of compensation. Should compensation be reserved to those accused who are factually innocent of the crime with which they were charged or convicted? If so, how should factual innocence be determined? The question whether *any* inquiry should be made into the "true" status of the acquitted person is itself

culpabilité injustifiée. Dans le cadre d'une action pour enquête négligente, la différence entre une enquête bâclée qui débouche sur une déclaration de culpabilité et une autre qui tourne court semble résider que dans le montant de l'indemnité susceptible d'être obtenue.

Fort de son acquittement, M. Hill prétend qu'il devrait être indemnisé du préjudice infligé par le système de justice criminelle. Le ministère public conteste que le délit proposé en l'espèce offre un recours aux personnes déclarées coupables à tort d'un crime et il fait valoir ce qui suit (mémoire, par. 6) :

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'empêcher les déclarations de culpabilité injustifiées. Les personnes déclarées coupables à tort d'un crime ne représenteraient qu'une infime partie de celles qui pourraient poursuivre pour enquête négligente (la plus grande partie étant composée de celles qui sont acquittées au procès ou contre qui les accusations sont abandonnées avant). Même parmi les personnes reconnues coupables à tort d'un crime, rares sont celles qui pourraient établir que la déclaration de culpabilité injustifiée résulte d'une enquête policière bâclée.

Nul ne conteste la validité de l'acquittement de M. Hill. Or, la différence entre un acquittement et une déclaration d'innocence doit être prise en compte dans l'appréciation des répercussions possibles de la reconnaissance d'un délit d'enquête négligente. Le problème tient au fait que notre système de justice criminelle n'est pas axé sur la détermination de l'innocence. Dans une instance criminelle, l'accusé est déclaré coupable ou non coupable. Tout comme l'annulation de la déclaration de culpabilité en appel, le verdict de non-culpabilité n'équivaut pas à une déclaration d'innocence réelle. Un verdict de non-culpabilité peut être rendu dans nombre de situations allant de l'innocence réelle à la présentation d'une preuve qui, de justesse, n'établit pas la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette réalité de notre système de justice criminelle soulève d'épineuses questions d'intérêt public lorsqu'on envisage une indemnisation. Le droit à une indemnité ne devrait-il pas être accordé qu'à l'accusé qui est réellement innocent du crime pour lequel il a été inculpé ou reconnu coupable? Dans

rather controversial. The controversy, in a nutshell, can be described as follows.

157

On the one hand, a compelling argument can be made that a not guilty verdict should be considered as a determination of innocence for all purposes, including compensation. Under this first approach, all persons charged with a criminal offence who are ultimately found not guilty could fall in the category of potential plaintiffs. The most powerful argument in support of this approach is that any qualification of the verdict of acquittal would in effect introduce the third verdict of “not proven” which has not been accepted in our criminal justice system. The introduction of such a “Scotch verdict” would create a lingering cloud over those persons who have been found not guilty or in respect of whom the criminal process was terminated but whose innocence has not been conclusively ascertained. Professor H. A. Kaiser, in the context of discussing possible statutory compensation schemes, explains the rationale for having a more inclusive compensatory approach in his article “Wrongful Conviction and Imprisonment: Towards an End to the Compensatory Obstacle Course” (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96, as follows (at p. 139):

It is argued that persons who have been wrongfully convicted and imprisoned are *ipso facto* victims of a miscarriage of justice and should be entitled to be compensated. To maintain otherwise introduces the third verdict of “not proved” or “still culpable” under the guise of a compensatory scheme, supposedly requiring higher threshold standards than are necessary for a mere acquittal. As Professor MacKinnon forcefully maintains [in his article “Costs and Compensation for the Innocent Accused” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 489, at pp. 497-98]:

... one who is acquitted or discharged is innocent in the eyes of the law and the sights of the rest of us should not be set any lower. ... There is a powerful social interest in seeing acquitted persons do no worse than to be restored to the lives they had before they were prosecuted.

l'affirmative, comment l'innocence réelle devrait-elle être établie? La question de savoir si la personne acquittée devrait faire l'objet de *quelque* enquête quant à sa situation « véritable » est elle-même matière à débats. Le débat peut se résumer de la façon suivante.

D'aucuns font valoir avec persuasion qu'un verdict de non-culpabilité doit être considéré comme une déclaration d'innocence à tous égards, y compris pour les besoins de l'indemnisation. Selon eux, tous ceux qui sont en fin de compte déclarés non coupables de l'infraction criminelle dont ils étaient accusés pourraient entrer dans la catégorie des demandeurs possibles. Leur argument le plus percutant est que toute nuance apportée au verdict d'acquittal aurait pour effet d'introduire un troisième verdict, celui de « culpabilité non prouvée », qui n'a pas été retenu dans notre système de justice criminelle. L'introduction d'un tel « verdict à l'écossaise » ferait subsister un doute à l'égard des personnes reconnues non coupables ou dont l'innocence n'a pas été établie de manière concluante après l'abandon des procédures. Dans son exposé intitulé « Wrongful Conviction and Imprisonment : Towards an End to the Compensatory Obstacle Course » (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96, se penchant sur d'éventuels régimes légaux d'indemnisation, le professeur H. A. Kaiser explique comme suit la raison d'être d'un droit plus étendu à l'indemnisation (p. 139) :

[TRADUCTION] On fait valoir que les personnes qui ont été déclarées coupables et emprisonnées à tort sont *ipso facto* victimes d'erreur judiciaire et devraient avoir droit à une indemnité. Prétendre le contraire introduit le troisième verdict de « culpabilité non prouvée » ou de « personne toujours coupable » sous le couvert d'un régime d'indemnisation, lequel impose apparemment des normes plus strictes que celles applicables pour un simple acquittal. Comme le soutient vigoureusement le professeur MacKinnon [dans son article intitulé « Costs and Compensation for the Innocent Accused » (1988), 67 *R. du B. can.* 489, p. 497-498] :

... celui qui est acquitté ou absous est innocent aux yeux de la loi et il n'y a pas lieu de le considérer comme étant moins innocent [. . .] La société a grandement intérêt à ce que la personne acquittée se voit à tout le moins rétablie dans sa situation antérieure à la poursuite.

On the other hand, an equally compelling argument can be made that any compensation regime that is not limited to the “factually innocent” is unacceptable because it would provide the persons who have in fact committed the offence, but whose guilt could not be proven, with a possible means of profiting from the commission of their crime. Under the federal-provincial *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons* (agreed to and adopted by federal and provincial justice ministers in March 1988), a clear distinction is made between a finding of not guilty and a finding of innocence for the purpose of compensation. The following was added to the listed prerequisites for eligibility for compensation:

As compensation should only be granted to those persons who did not commit the crime for which they were convicted, (as opposed to persons who are found not guilty) a further criteria would require:

- a) If a pardon is granted under Section 683 [of the *Criminal Code*], a statement on the face of the pardon based on an investigation, that the individual did not commit the offence; or
- b) If a reference is made by the Minister of Justice under Section 617(b), a statement by the Appellate Court, in response to a question asked by the Minister of Justice pursuant to Section 617(c), to the effect that the person did not commit the offence. [Emphasis added.]

The Chief Justice alludes to this concern when she stresses, at para. 64, that any suspect suing the police “bears the burden of showing that police negligence in the course of an investigation caused harm compensable at law” and that “[e]vidence going to the factual guilt or innocence of the suspect, including the results of any criminal proceedings that may have occurred, may be relevant to this causation inquiry.” My colleague takes the position, however, that “[i]t is not necessary to decide here whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence in a subsequent civil trial” (para. 64). While it is perhaps not necessary in order to dispose of this appeal to decide whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence, it will certainly be necessary to do so in the next tort action where the

D’autres font valoir de manière tout aussi persuasive qu’un régime d’indemnisation qui ne bénéficie pas qu’à celui qui est « réellement innocent » est inacceptable en ce qu’il permet à celui qui a effectivement commis une infraction, mais dont la culpabilité n’a pas été établie, de profiter de son crime. Les *Lignes directrices d’indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort* (adoptées par les ministres de la justice fédéral et provinciaux en mars 1988) établissent, pour les besoins de l’indemnisation, une distinction claire entre un verdict de non-culpabilité et une déclaration d’innocence. Les exigences suivantes ont été ajoutées à la liste des conditions d’admissibilité à l’indemnisation :

Puisque l’indemnisation ne devrait être accordée qu’aux personnes qui n’ont pas commis le crime [dont] elles ont été [déclarées coupables] (par opposition aux personnes jugées non coupables), un autre critère devrait également s’appliquer :

- a. Un pardon accordé en vertu de l’article 683 [du *Code criminel*] devrait comporter une déclaration, fondée sur une enquête, portant que la personne en cause n’a pas commis l’infraction; ou
- b. Dans le cas d’un renvoi par le ministre de la Justice en vertu de l’alinéa 617(b), la cour d’appel devrait déclarer, en réponse à une question posée par le ministre de la Justice sous l’empire de l’alinéa 617(c), que la personne en cause n’a pas commis l’infraction. [Je souligne.]

La Juge en chef fait allusion à la difficulté lorsqu’elle précise que le suspect qui poursuit la police « doit établir que la négligence dont celle-ci a fait preuve dans son enquête lui a causé un préjudice indemnisable en droit » et que « [l]a preuve relative à la culpabilité ou à l’innocence réelle du suspect, y compris les conclusions de toute instance criminelle, peut être prise en compte pour déterminer le lien de causalité. » Elle estime cependant qu’« [i]l n’est pas nécessaire de décider en l’espèce si l’acquiescement doit être considéré comme une preuve d’innocence concluante pour les besoins d’une instance civile » (par. 64). Ce n’est peut-être pas nécessaire pour statuer sur le présent pourvoi, mais ce le sera certainement pour les besoins de l’action en responsabilité délictuelle si le demandeur prouve que la police a fait preuve

plaintiff succeeds in proving negligence in the conduct of a police investigation. These are precisely the sorts of ramifications that must be considered at the second stage of the *Anns* test. The question I ask, therefore, is the following: how are we to distinguish between treatment that is “rightfully imposed by the law” and treatment that is “wrongful” for the purpose of compensation? If we adopt the first approach described earlier, namely that an acquittal should be regarded as the equivalent of a finding of innocence for the purpose of compensation, this could have wide-ranging ramifications. For example, every suspect, who is charged with an offence but who is not convicted because the criminal justice system has worked the way it should, would become a potential plaintiff if he can show that the police conducted a substandard investigation. This result would follow regardless of whether the suspect has in fact committed the crime or not.

de **négligence dans son enquête. Ce sont précisément** les répercussions de ce genre qui doivent être prises en compte suivant le second volet du critère de l’arrêt *Anns*. La question que je pose alors est la suivante : comment allons-nous distinguer le traitement « imposé à bon droit par la loi » de celui qui l’est « à tort », pour les besoins de l’indemnisation? Donner raison à ceux qui prétendent que l’acquittement doit être assimilé à une déclaration d’innocence aux fins de l’indemnisation pourrait avoir des répercussions à bien des égards. Par exemple, tout suspect accusé d’une infraction, mais non reconnu coupable grâce au bon fonctionnement du système de justice criminelle, pourrait obtenir une indemnité s’il prouve que la police a bâclé son enquête, et ce, qu’il ait réellement commis le crime ou non.

160

The issue is most pertinent in the context of a proposed right of action where, as here, the alleged wrong is the conduct of a substandard police investigation. On the one hand, there is no question that negligent police investigation may contribute to the wrongful conviction of a person who did not commit the crime. Negligent mishandling of physical evidence may lead to erroneous forensic results. Careless or incomplete investigations may fail to yield evidence that would have exonerated the accused or raised a reasonable doubt about his guilt. On the other hand, a negligent investigation will often be the effective cause of an acquittal — as indeed it should be in the criminal context. Numerous evidentiary and procedural safeguards are built in the criminal trial process to guard against wrongful convictions. Hence, evidence may be excluded or disregarded because improper investigative techniques were used in obtaining it. Or, a substandard investigation may yield insufficient evidence to support a conviction, even though the evidence may have been out there to be found.

Il y a d’autant plus lieu de s’interroger dans le cas du droit d’action proposé en l’espèce que la faute consisterait dans le non-respect de la norme applicable à l’enquête policière. D’une part, il ne fait aucun doute qu’une enquête policière bâclée peut contribuer à ce qu’une personne qui n’a pas commis le crime en soit reconnue coupable à tort. La manipulation négligente des éléments de preuve matérielle peut fausser les conclusions des experts en criminalistique. Une enquête bâclée ou incomplète peut nuire à la découverte d’éléments de preuve qui auraient permis d’exonérer l’accusé ou de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. D’autre part, la négligence des enquêteurs sera souvent la cause véritable de l’acquittement, ce verdict s’imposant alors dans le contexte pénal. Le procès criminel offre au chapitre de la procédure et de la preuve de nombreuses garanties contre la déclaration de culpabilité injustifiée. Partant, certains éléments de preuve peuvent être écartés ou ne pas être pris en compte parce qu’ils ont été obtenus au moyen de méthodes d’enquête irrégulières. De même, l’enquêteur négligent peut ne pas recueillir les éléments de preuve requis pour justifier une déclaration de culpabilité, même s’ils existent bel et bien.

161

It is a principle of fundamental justice that the accused in a criminal trial be given the benefit of

Un principe de justice fondamentale veut que, lors du procès, l’accusé ait droit au bénéfice du doute

any reasonable doubt. Therefore, from a criminal law perspective, there is no question that an acquittal must be regarded as tantamount to a finding of innocence. However, in the context of a tort action, we must come to terms with the reality that the person who committed the offence may well stand to *benefit* rather than lose from a botched-up investigation. The true victim in such cases is not the suspect but the public at large. Should the successful accused who actually committed the offence be entitled to use the acquittal brought about by the negligent conduct of police investigators as a basis to claim compensation? A simple example may assist in understanding how this difficulty may easily arise and why it cannot simply be resolved by a careful tailoring of the appropriate standard of care.

Let us assume that a complainant is the victim of a brutal sexual assault. The perpetrator is unknown to her. However, she provides a detailed description to the police which leads them to pick from police files a photo of a suspect matching her description. The complainant is shown the single photo and she positively identifies the person in the photo as her assailant. Fearing the assailant may strike again, the police quickly apprehend the suspect. The police later arrange for a physical lineup comprised of several persons, including the suspect in the photo. The other persons in the lineup bear questionable resemblance to the suspect. The complainant views the lineup, and again identifies the suspect as her assailant. The suspect is charged. As it turns out at trial, there is little else connecting the suspect to the crime, and the case for the prosecution essentially turns on the complainant's eyewitness identification. The complainant is firm in her identification of the accused at trial. However, because of the inherent frailties of eyewitness identification and the risk that the identification made by the complainant may have been tainted by the improper police techniques adopted in this case, the trial judge concludes that he cannot be satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. The accused is acquitted.

The accused commences a civil action in negligence against the police alleging that the improper

raisonnable. Ainsi, pour ce qui est de la responsabilité criminelle, l'acquiescement doit assurément être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence. Cependant, pour ce qui est de la responsabilité délictuelle, il nous faut reconnaître qu'une personne ayant commis une infraction pourrait bien *bénéficier* du bâclage d'une enquête plutôt que d'en subir un préjudice. En pareil cas, la véritable victime n'est pas le suspect, mais la société en général. L'accusé qui a réellement commis l'infraction devrait-il pouvoir invoquer son acquiescement — imputable à la négligence des enquêteurs — pour obtenir réparation? Un simple exemple suffit à montrer que la difficulté pourrait fort bien se présenter et qu'on ne saurait y remédier seulement en délimitant avec soin la norme de diligence applicable.

Supposons le cas d'une femme victime d'une agression sexuelle brutale. Elle ne connaît pas l'identité de l'agresseur. Elle fournit toutefois une description détaillée qui permet aux policiers de repérer dans leurs fichiers la photo d'un suspect répondant au signalement. Ils ne montrent que cette photo à la victime, qui reconnaît formellement son agresseur. Craignant d'autres agressions, les policiers s'empressent d'arrêter le suspect. Ils organisent ensuite une séance d'identification à laquelle participent plusieurs personnes, dont le suspect de la photo. La ressemblance des autres participants avec le suspect est discutable. La plaignante observe les participants et confirme que le suspect est son agresseur, qui est alors inculpé. Au procès, il appert que peu d'éléments relient par ailleurs le suspect au crime et que la preuve de la poursuite repose essentiellement sur le témoignage de la plaignante, laquelle maintient que l'accusé est son agresseur. Or, vu la faiblesse inhérente de la preuve par témoin oculaire et le risque que l'identification de l'accusé par la plaignante ait été viciée par le procédé inadéquat employé par les policiers, le juge du procès se dit non convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé et l'acquies.

L'accusé intente au civil une action pour négligence, alléguant que les policiers ont eu recours

identification techniques caused the complainant to wrongfully identify him as the perpetrator which, in turn, led to his wrongful arrest and prosecution. He claims damages for loss of reputation, nervous shock, and the legal expenses he incurred in defending himself against the charge.

164 In defence of the claim, the defendant proposes to call the complainant to identify the plaintiff as her assailant. The defendant argues that any negligent conduct on his part did not cause the harm. Rather, the plaintiff's own conduct in committing the sexual assault occasioned his loss. The defendant argues further that, even if causation is proven, none of the damages should be compensable at law unless the plaintiff proves that he did not in fact commit the offence.

165 How is the civil claim to be adjudicated? Is the acquittal to be considered as the legal equivalent of factual innocence in the civil trial thereby precluding the defendant from advancing this line of defence? If that approach is adopted, the action in negligence is easily made out. The duty of care would exist as a matter of law. The breach of standard is proven because, quite clearly, the identification techniques fell below acceptable standards. The causal link is inevitably made out because, if the plaintiff must be regarded as innocent of the crime, one can only conclude that it is the negligent conduct of the police that caused the complainant to wrongfully identify him as her assailant, which identification in turn caused him to be subjected to the entire criminal process. Upon proof of his loss, the plaintiff is assured of compensation. This result appears entirely just, if the plaintiff in fact is not the person who assaulted the complainant. On the other hand, if he is in fact the assailant, many would view it as unthinkable that his loss should be regarded as compensable at law, given that the true victim who was harmed as a result of the police officer's substandard conduct was society, not the plaintiff.

166 Adopting the second approach, according to which a finding of not guilty is distinguished from factual innocence, could also bring about undesirable results if the plaintiff did not in fact commit the

à des méthodes d'identification inadéquates ayant amené la plaignante à l'identifier à tort comme étant l'auteur du crime, d'où son arrestation et son inculpation injustifiées. Il réclame des dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation, choc nerveux et frais de défense en justice.

Le défendeur propose d'assigner la plaignante pour qu'elle témoigne que le demandeur est son agresseur. Il soutient que le préjudice n'a pas été causé par sa négligence et que seul le demandeur est à blâmer parce qu'il a commis l'agression sexuelle. Il ajoute que même si le lien de causalité est établi, le préjudice allégué n'est indemnisable en droit que si le demandeur prouve qu'il n'a pas réellement commis l'infraction.

Comment devrait-on statuer au civil? Pour les besoins de l'instance civile, l'acquittal devrait-il être considéré comme l'équivalent juridique de l'innocence réelle, de sorte que le défendeur ne puisse invoquer la différence entre les deux? Dans l'affirmative, le bien-fondé de l'action pour négligence serait établi facilement et l'obligation de diligence serait reconnue en droit. Le non-respect de la norme serait prouvé du fait que la méthode d'identification employée n'était manifestement pas à la hauteur. Le lien de causalité serait forcément établi, car s'il faut considérer que le demandeur n'a pas commis le crime, la seule conclusion possible est que, par sa négligence, le policier a amené la plaignante à identifier à tort le demandeur comme étant son agresseur et fait en sorte que celui-ci soit soumis à chacune des étapes du processus pénal. S'il prouve le préjudice subi, le demandeur est assuré d'une indemnité. Ce dénouement paraît tout à fait juste dans la mesure où le demandeur n'est pas le véritable agresseur. Par contre, s'il l'est, de nombreuses voix pourraient s'élever contre l'indemnisation du préjudice, la véritable victime de la négligence du policier étant la société, et non le demandeur.

La seconde thèse, suivant laquelle le verdict de non-culpabilité diffère de l'innocence réelle, peut aussi mener à un résultat non souhaitable lorsque le demandeur n'a pas réellement commis le

crime with which he was charged. If the acquittal is not conclusive of factual innocence, the plaintiff, who bears the burden of proving his claim on a balance of probabilities, would have to prove that he is not the assailant in order to succeed in his civil action. Meeting this burden may prove impossible to do. It also seems unjust that, having already been acquitted, he should be put through this additional hurdle. It would also necessitate a retrial of the case which may well lead to conflicting findings and put an aura of suspicion on his acquittal.

Quite clearly, this Court would have to choose one approach or the other on the question of compensability of harm. Whichever approach is adopted, there may be unforeseen and undesirable ramifications in the criminal context. If the first approach is adopted, would triers of fact be less inclined to arrive at a verdict of not guilty on the basis of deficiencies in the police investigation, knowing that this result could give the accused the right to claim damages? Conversely, if the second approach is adopted and one branch of the law draws a distinction between a finding of not guilty and a finding of innocence, would this undermine the overall meaning of an acquittal? These are the sorts of residual policy considerations to which the tort of negligent investigation gives rise. In my view, they provide us with reasons to be cautious about imposing on police officers a novel duty of care towards suspects.

2.5.3 Competing Policy Concerns not Resolved by Defining the Standard of Care

The Court of Appeal was of the opinion that the policy concerns weighing against imposing a duty of care could be addressed by a “carefully tailored” standard of care (para. 70). The court went on however to simply adopt the standard of “the reasonable police officer in like circumstances” as the appropriate standard, adding: “In an arrest and prosecution context, the standard becomes more specific and is directly linked to statutory and common law duties, namely did the police have reasonable and

crime dont il a été accusé. Si l’acquittement n’établit pas l’innocence réelle, le demandeur, à qui il incombe de prouver le bien-fondé de sa demande selon la prépondérance des probabilités, devrait, pour avoir gain de cause au civil, prouver qu’il n’est pas l’agresseur. Il pourrait lui être impossible de le faire. De plus, comme il a déjà été acquitté, il paraît injuste d’exiger qu’il satisfasse à cette exigence supplémentaire. Un nouveau procès devrait également avoir lieu, ce qui pourrait bien donner lieu à des conclusions contradictoires et mettre en doute le bien-fondé de l’acquittement.

De toute évidence, la Cour devra adhérer à l’une ou l’autre des thèses avancées en ce qui concerne l’indemnisation du préjudice. Dans un cas comme dans l’autre, il pourra en résulter des effets imprévus et non souhaitables dans le contexte criminel. Si la première thèse est retenue, le juge des faits sera-t-il moins enclin à rendre un verdict de non-culpabilité fondé sur les irrégularités de l’enquête, sachant que cela est susceptible d’ouvrir droit à réparation? À l’inverse, si la seconde thèse l’emporte et que l’on établit, dans un domaine du droit, une distinction entre un verdict de non-culpabilité et une déclaration d’innocence, la portée générale de l’acquittement en sera-t-elle compromise? Voilà des exemples d’autres considérations de politique générale que soulève la création du délit d’enquête négligente. À mon avis, ces considérations appellent la prudence en ce qui concerne l’assujettissement du policier à une nouvelle obligation de diligence envers le suspect.

2.5.3 Définir la norme de diligence ne résout pas le problème des considérations de politique générale adverses

La Cour d’appel a jugé possible de remédier au problème des considérations de politique générale militant contre l’imposition d’une obligation de diligence en [TRADUCTION] « délimitant avec soin » la norme de diligence applicable (par. 70). Elle s’est toutefois contentée d’adopter la norme du « policier raisonnable placé dans la même situation ». Elle a ajouté que [TRADUCTION] « dans le contexte d’une arrestation et d’une poursuite, la norme devient plus précise et est directement liée aux obligations

probable grounds to believe that the plaintiff had committed a crime?” (para. 83). McLachlin C.J. agrees that this is the correct standard (para. 67).

169

With respect, I fail to see how the ordinary negligence standard, even if linked to the reasonable and probable grounds standard, can reconcile the conflicting standards at play. In my view, the usual negligence standard cannot easily co-exist with governing criminal standards. By way of illustration, I will refer, first, to the hypothetical fact situation I have just discussed and, second, to the analysis in the courts below in this case.

170

In the hypothetical example I have discussed earlier, the plaintiff’s action in negligence against the police is based on the allegation that the improper identification techniques caused the complainant to wrongfully identify him as the perpetrator which, in turn, led to his wrongful arrest and prosecution. As I have stated earlier, I believe there is no question in this hypothetical example that the identification techniques used by the police fell below acceptable standards. By showing the complainant a single photo of a suspect and by constructing a lineup with stand-ins who bore questionable resemblance with the suspect, the police investigator clearly did not meet the standard of the reasonable police officer in like circumstances. Therefore, under the usual negligence paradigm, this breach of standard of care could well result in civil liability, presumably — if one accepts the plaintiff’s argument on causation — for all the damages that flowed from the initiation of criminal proceedings and the process that followed.

171

The problem that arises, however, is that in focussing on the investigating officer’s conduct and the civil standard of negligence, we easily lose sight of both the complainant’s role and the criminal standard for initiating process. In this hypothetical example, it could not seriously be disputed,

déoulant de la loi et de la common law : le policier avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que le demandeur avait commis un crime? » (par. 83). La juge en chef McLachlin convient qu’il s’agit de la norme appropriée (par. 67).

En toute déférence, je ne vois pas comment la norme de négligence habituelle, même liée à la norme des motifs raisonnables et probables, peut concilier les normes contradictoires qui sont en jeu. À mon avis, la norme de négligence habituelle ne saurait coexister facilement avec les normes applicables en matière criminelle. Pour illustrer mon propos, je reviens d’abord sur la situation hypothétique examinée précédemment, puis je me penche sur l’analyse à laquelle se sont livrées les juridictions inférieures en l’espèce.

Dans le cas hypothétique exposé précédemment, l’action pour négligence intentée par le demandeur contre la police repose sur l’allégation selon laquelle le caractère inadéquat de la méthode d’identification employée aurait amené la plaignante à identifier à tort le demandeur comme étant l’auteur du crime, entraînant de ce fait son arrestation et son inculpation injustifiées. Comme je l’ai dit, je crois que dans ce cas fictif, la méthode d’identification employée par le policier était sans aucun doute inacceptable. En ne montrant à la plaignante que la seule photo du suspect et en faisant participer à la séance d’identification des hommes dont la ressemblance avec ce dernier était discutable, l’enquêteur n’a manifestement pas satisfait à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Par conséquent, suivant la conception traditionnelle de la négligence, ce manquement à la norme de diligence pourrait vraisemblablement engager la responsabilité civile — s’il est fait droit à la prétention du demandeur quant au lien de causalité — pour tout préjudice causé par l’enclenchement et le déroulement du processus pénal.

Un problème se pose toutefois. En mettant l’accent sur la conduite du policier enquêteur et la norme de négligence en matière civile, nous perdons facilement de vue le rôle joué par le plaignant et la norme présidant à l’enclenchement du processus pénal. Dans ce cas hypothétique, nul ne saurait

from a criminal law standpoint, that the complainant's detailed description of her assailant as a person matching the suspect's appearance, together with her positive identification of the suspect as her assailant, amply meet the reasonable grounds standard for laying a criminal charge under s. 504 of the *Criminal Code*. Under s. 504, "[a]ny one who, on reasonable grounds, believes that a person has committed an indictable offence may lay an information" before a justice and where territorial jurisdiction is established, "the justice shall receive the information". Even if the police chose not to lay a charge, the complainant would be entitled to lay the information herself. It is further noteworthy that the complainant's identification evidence, potentially flawed as it may be (a matter to be determined at trial), would not only meet the standard to *lay* a charge, but would also meet the standard for *committal* at the preliminary hearing under s. 548(1)(a) of the *Criminal Code*.

Similarly, it is instructive to consider how the negligence analysis played out in the courts below in this case. While all five members of the panel in the Court of Appeal for Ontario agreed on the standard to be applied, the court was divided on the application of that standard on the facts before them. Of particular relevance to the point I am making is how the criminal standard for initiating process all but gets lost in the negligence analysis. I will explain.

Much as in my hypothetical example, Mr. Hill's claim is based on alleged deficiencies in police identification techniques. In turn, he submits that these deficiencies led to his misidentification by witnesses, his wrongful arrest, and his conviction for the January 23, 1995 robbery. In particular, he alleges that the police failed to follow their own internal guidelines with respect to the presentation of photo lineups to witnesses and that the photo lineup of eleven Caucasians and one aboriginal person was structurally biased against him. In determining whether there was a breach of standard in this case, it therefore became incumbent upon the court to inquire whether the police, in

contester sérieusement que sous l'angle du droit criminel, la correspondance du suspect à la description détaillée de l'agresseur par la plaignante et son identification formelle par celle-ci comme étant son agresseur constituaient bel et bien des motifs raisonnables de porter une accusation pour l'application de l'art. 504 du *Code criminel*. Aux termes de cette disposition, « [q]uiconque croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation » devant un juge de paix et dans le ressort de ce dernier, et « [le juge de paix] doit recevoir la dénonciation ». Même si le policier décidait de ne pas porter d'accusation, la plaignante pourrait faire elle-même une dénonciation. Il convient en outre de signaler que la preuve d'identification par la plaignante, aussi viciée qu'elle soit (ce qui sera déterminé au procès), respecterait non seulement la norme applicable au *dépôt* d'une accusation, mais aussi la norme applicable au *renvoi à procès* lors de l'enquête préliminaire en application de l'al. 548(1)a) du *Code criminel*.

De même, il est intéressant de se pencher sur la manière dont l'analyse axée sur la négligence s'est déroulée en l'espèce devant les juridictions inférieures. Les cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont convenu de la norme applicable, mais non de son application aux faits. La norme applicable à l'enclenchement du processus pénal est pour ainsi dire occultée dans le cadre de cette analyse, et cela revêt une importance particulière pour mon propos. Je m'explique.

Tout comme dans mon exemple hypothétique, M. Hill allègue à l'appui de son action l'irrégularité de la méthode d'identification employée par les policiers. Il soutient que cette irrégularité a mené à son identification à tort par les témoins, à son arrestation injustifiée et à sa déclaration de culpabilité pour le vol qualifié commis le 23 janvier 1995. Il précise que les policiers ont dérogé à leurs propres lignes directrices internes sur la présentation de photos aux témoins et que la séance d'identification à partir des photos de onze Blancs et d'un Autochtone lui a été foncièrement défavorable. Pour déterminer s'il y a eu ou non violation de la norme applicable en l'espèce, il incombe donc au tribunal

using these identification techniques, met the “reasonable police officer in the same circumstances” standard. While all justices below proceeded with that analysis, they were divided on the result. The trial judge found that there was no breach of the standard ((2003), 66 O.R. (3d) 746), and this finding was upheld by three of the five justices in the Court of Appeal. The two dissenting justices were of the opinion that the identification techniques used by the police fell below this standard.

174

However, despite the Court of Appeal expressly acknowledging that, in an arrest and prosecution context, the ordinary negligence standard must be linked to the reasonable and probable grounds standard, none of the judges below considered the criminal standard for initiating process in their analysis. In other words, beyond inquiring into the identification techniques used by the police, none of the judges asked themselves whether the charges were nonetheless laid on the basis of reasonable and probable grounds. The latter standard, of course, is the one by which the police are governed in the conduct of their criminal investigation and, it is important to stress, it is in the public interest that it be maintained as the operative standard. As this Court has observed in *Storrey*, at pp. 249-50:

The importance of this requirement [that police have reasonable grounds in order to affect an arrest] to citizens of a democracy is self-evident. Yet society also needs protection from crime. This need requires that there be a reasonable balance achieved between the individual’s right to liberty and the need for society to be protected from crime. Thus the police need not establish more than reasonable and probable grounds for an arrest.

175

Therefore, if the civil standard for liability is to be “carefully tailored” so as to complement and not conflict with governing criminal standards, the presence of reasonable and probable grounds for laying the charge must constitute a bar to any civil liability. It cannot be sufficient for the plaintiff to show that identification techniques used by the police were substandard. Rather, it must be established that the identification process was so

de déterminer si, en recourant à cette méthode d’identification, le policier a satisfait à la norme du « policier raisonnable placé dans la même situation ». Tous les juges des juridictions inférieures se sont livrés à cette analyse, mais ils sont arrivés à des résultats différents. Le juge du procès a conclu au respect de la norme ((2003), 66 O.R. (3d) 746), et trois des cinq juges de la Cour d’appel lui ont donné raison. Les deux juges dissidents ont estimé que la méthode d’identification employée par le policier ne respectait pas la norme.

Toutefois, même si la Cour d’appel a expressément reconnu que dans le contexte d’une arrestation et d’une poursuite, la norme de négligence habituelle doit être liée à celle des motifs raisonnables et probables, aucun juge des juridictions inférieures n’a tenu compte de la norme applicable à l’enclenchement du processus pénal. Autrement dit, même s’ils se sont penchés sur la méthode d’identification employée par la police, aucun ne s’est demandé si les accusations reposaient néanmoins sur des motifs raisonnables et probables, la norme de preuve à laquelle est bien sûr assujéti le policier lors d’une enquête criminelle. Et il importe de souligner qu’il est dans l’intérêt public que cette norme demeure la norme applicable. La Cour a d’ailleurs fait observer dans l’arrêt *Storrey*, p. 249-250 :

L’importance que revêt cette exigence [que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation] pour les citoyens d’une démocratie se passe de démonstration. Mais la société a besoin également de protection contre le crime. Ce besoin commande l’établissement d’un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime. C’est pourquoi il suffit que la police établisse l’existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l’arrestation.

Par conséquent, pour que la norme de diligence applicable en matière civile soit « délimitée avec soin » de manière à s’harmoniser avec les normes applicables en matière pénale au lieu de s’y opposer, l’existence de motifs raisonnables et probables pour porter une accusation doit faire obstacle à toute responsabilité civile. Il ne saurait suffire au demandeur de démontrer que la méthode d’identification employée par les policiers ne respectait pas

flawed that it *destroyed* the reasonable and probable grounds for laying the charge. It is only when this standard is met that the plaintiff can be said to have suffered, as McLachlin C.J. puts it “compensable damage that would not have occurred but for the police’s negligent conduct” (para. 92).

MacPherson J.A. alluded to this notion that process would have issued in any event, not in his discussion on standard of care, but in considering the question of causation. He stated as follows (at para. 97):

There is a complete answer, on the facts, to this submission [that the unfair line-up tainted the entire identification procedure]. The appellant was originally charged with ten robberies, one of which took place on January 23, 1995. Ultimately, he faced a trial in relation to only this robbery. The photo line-up that the appellant attacks was *not* part of the evidence concerning this robbery. Rather, the identification evidence about the January 23 robbery was the sighting by P.C. Stewart and the positive identification of the appellant by two bank tellers based on a newspaper photograph on their desks. It follows that there is no causal link between the photo line-up and the appellant’s arrest, detention and trial on the charge relating to the January 23 robbery. He would have been arrested on January 27, detained and tried regardless of any negligence in preparing the photo line-up. However, because the trial judge addressed the photo line-up issue, I will also consider it on the merits. [Emphasis in original.]

The Chief Justice, it seems, also alludes to the fact that a charge may have been laid regardless of any substandard conduct when she observes (at para. 78): “Nor is it clear that if these incidents [i.e., the alleged negligent conduct] had not occurred, Hill would not have been charged and convicted.” The question of reasonable and probable grounds obviously goes to causation, in the sense that the claim in negligence is not made out if the criminal proceedings would have issued regardless of the negligent conduct in question. Indeed, the law would be rather incoherent if the investigating officer could be civilly liable for any harm to the suspect flowing from the initiation and continuation of criminal proceedings, even when such proceedings are not

la norme applicable. Il lui faut plutôt établir que le processus d’identification était à ce point vicié qu’il a *supprimé* les motifs raisonnables et probables de porter l’accusation. Ce n’est qu’à cette condition que le demandeur peut prétendre avoir subi, comme le dit la juge en chef McLachlin, « un préjudice indemnisable qui n’aurait pas été subi n’eût été la négligence des policiers » (par. 92).

Le juge MacPherson a laissé entendre que le processus aurait de toute façon été enclenché, mais il l’a fait en se penchant non pas sur la norme de diligence, mais bien sur le lien de causalité. Voici ce qu’il a dit (par. 97) :

[TRADUCTION] Les faits réfutent entièrement cette prétention [que l’irrégularité de la séance d’identification a entaché toute la procédure d’identification]. L’appelant a été accusé de dix vols qualifiés, mais il n’a été cité à procès que pour celui commis le 23 janvier 1995. La séance d’identification photographique que conteste l’appelant *ne faisait pas* partie de la preuve pour ce vol. La preuve d’identification pour le vol du 23 janvier consistait plutôt dans le témoignage de l’agent Stewart, qui avait aperçu l’appelant, et dans l’identification formelle de ce dernier par deux caissières à partir d’une photo publiée dans un journal et se trouvant sur leurs bureaux. Il n’existe donc aucun lien de causalité entre la séance d’identification photographique et l’arrestation, la détention et la poursuite de l’appelant pour le vol du 23 janvier. Il aurait été arrêté le 27 janvier, détenu et soumis à un procès même si la police n’avait pas fait preuve de négligence dans la préparation de la séance. Mais, comme le juge du procès s’est penché sur celle-ci, j’examinerai à mon tour son déroulement. [En italique dans l’original.]

La Juge en chef paraît aussi laisser entendre qu’une accusation aurait pu être portée malgré toute irrégularité. Elle dit en effet : « Il n’appart pas non plus de la preuve que n’eût été ces incidents [la négligence alléguée], M. Hill n’aurait pas été inculpé et déclaré coupable » (par. 78). La question des motifs raisonnables et probables touche manifestement au lien de causalité au sens où l’action pour négligence ne saurait être accueillie lorsque la procédure pénale aurait été engagée qu’il y ait eu négligence ou non. En effet, il ne serait pas logique en droit que le policier enquêteur puisse être civilement tenu responsable du préjudice infligé au suspect par l’enclenchement et le déroulement du processus pénal alors que celui-ci est non seulement

merely authorized but are in fact *desirable* under the standards set by the criminal law. In my view, however, it is not sufficient to consider the governing criminal standard simply on the issue of causation. To the contrary, the criminal standard for initiating process must also inform the standard of care itself. In other words, *even if* the impugned lineup had in fact been used with respect to the January 23, 1995 robbery, it would not be sufficient for the purposes of the tort action to show that the identification techniques used by the police fell below the standard of the reasonable police officer. Such an approach would ignore the significant public interest in having criminal process issue on the basis of reasonable grounds to believe that an offence has been committed. Again, the determinative question would therefore have to be whether the identification process was so flawed as to *destroy* the reasonable and probable grounds provided by the witnesses' positive identification of Mr. Hill as the robber.

178

The two dissenting justices not only failed to incorporate the reasonable and probable grounds standard in their analysis; they adopted a very expansive view of causation. Even though the impugned photo lineups did not even form part of the evidence on the charge in respect of which Mr. Hill was convicted, the two justices were nonetheless satisfied that a sufficient causal link could be established between the lineups and the conviction for the following reasons, at para. 158:

First, as noted by the trial judge in his reasons, on January 17, 1995, Detective Loft showed this photo line-up to a number of witnesses to the robberies. Most identified Mr. Hill as the robber, although they thought he did not have a goatee. It is apparent that these witnesses' misidentification of Mr. Hill as the robber materially contributed to Detective Loft's fixation on Mr. Hill as the perpetrator of the plastic bag robberies, and therefore to his initial arrest of Mr. Hill. It was because he was convinced that the witnesses had identified the right person that Detective Loft neglected to do any reinvestigation of the robberies in the face of the emerging exculpatory evidence. The misidentification

autorisé, mais en fait *souhaitable* selon les normes applicables en matière criminelle. J'estime toutefois qu'il ne suffit pas de tenir compte de la norme pénale au regard du lien de causalité. En effet, la norme applicable à l'enclenchement du processus pénal doit également contribuer à définir la norme de diligence elle-même. Autrement dit, *même si* le résultat de la séance d'identification contestée avait été mis en preuve pour le vol qualifié du 23 janvier 1995, la preuve que les méthodes d'identification employées ne respectaient pas la norme du policier raisonnable n'aurait pas permis d'établir le bien-fondé de l'action en responsabilité délictuelle. S'il en allait autrement, l'on ferait abstraction du fait qu'il est nettement dans l'intérêt public que le processus pénal soit enclenché sur la foi de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Encore une fois, la question déterminante est celle de savoir si le processus d'identification était à ce point vicié qu'il a *supprimé* les motifs raisonnables et probables conférés par le fait que des témoins avaient formellement identifié M. Hill comme étant l'auteur du vol.

Les deux juges dissidents ont non seulement omis d'intégrer la norme des motifs raisonnables et probables à leur analyse, mais ils ont aussi interprété très largement la notion de lien de causalité. Même si le résultat de la séance d'identification photographique ne faisait pas partie de la preuve offerte pour l'accusation dont M. Hill a été reconnu coupable, les deux juges ont néanmoins conclu à l'existence d'un lien de causalité suffisant entre la séance et la déclaration de culpabilité, et ce, pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] Premièrement, comme le dit le juge du procès dans ses motifs, le 17 janvier 1995, le détective Loft a montré cette série de photos à un certain nombre de témoins des vols. La plupart ont identifié M. Hill comme étant le voleur, même s'ils croyaient qu'il ne portait pas de barbe. Il est évident que l'identification erronée de M. Hill par ces témoins a grandement conforté le détective Loft dans l'idée que M. Hill était le voleur au sac en plastique et, de ce fait, contribué à l'arrestation initiale de M. Hill. C'est parce qu'il était convaincu que les témoins avaient identifié la bonne personne que le détective Loft a omis de rouvrir l'enquête sur les vols malgré de nouveaux éléments de

from the photo line-up contributed to Detective Loft's tunnel vision on the issue of Mr. Hill, which resulted in Mr. Hill's arrest, detention, wrongful prosecution and the ensuing miscarriage of justice. Accordingly, we believe there is a clear causal link between the photo line-up and Mr. Hill's wrongful conviction.

The dissenting justices further relied on the fact that the trial judge also appeared to find that causation was made out. Although the trial judge did not provide any analysis on the question of causation, he expressed the view that the only element of the tort action which was in issue in this case was whether the standard of care had been met.

As evidenced by the above, the private nature of the tort action necessarily narrows the focus of the criminal investigation to the individual rights of the parties and, in the process, it is almost inevitable that courts lose sight of the broader public interests at stake. In short, tort law simply does not fit. In his article, Professor Kaiser aptly notes the following at p. 112:

... as Professor[s] Cohen and Smith have argued [in their article "Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 1], private law in general and torts in particular are singularly ill-suited to deal with issues which fundamentally concern the nature of the state and the relationship of the individual to the state and the law:

... the legislatures and courts, in developing rules of public conduct and responsibility premised on private law tort concepts, have failed to consider a wide range of factors which should be recognized in articulating the relationship of the private individual and the state. ... [p. 5]

... rights against the state are qualitatively different from rights against individuals. [p. 12]

2.5.4 Other Existing Remedies

By contrast to the proposed action in negligence, the existing torts of false arrest, false imprisonment, malicious prosecution and misfeasance in public

preuve disculpatoires. L'identification erronée à partir des photos a contribué au manque d'objectivité à l'égard de M. Hill, qui a mené à son arrestation et à sa mise en détention, à son inculpation injustifiée et à l'erreur judiciaire. Partant, nous croyons qu'il existe bel et bien un lien de causalité entre la séance d'identification photographique et la déclaration de culpabilité injustifiée de M. Hill. [par. 158]

Les juges dissidents ont en outre invoqué le fait que le juge du procès avait également semblé conclure à l'existence d'un lien de causalité. Même si ce dernier n'a pas analysé la question, il a opiné que la seule question en litige soulevée par l'action en responsabilité délictuelle était celle de savoir si la norme de diligence applicable avait été respectée.

Comme je l'ai montré, la nature privée de l'action en responsabilité délictuelle ramène nécessairement l'enquête criminelle aux droits individuels des parties, de sorte que les tribunaux perdent presque inévitablement de vue l'intérêt public général en jeu. En somme, le droit de la responsabilité délictuelle ne convient simplement pas. Le professeur Kaiser dit avec à-propos dans son article (p. 112) :

[TRADUCTION] ... comme l'ont avancé les professeurs Cohen et Smith [dans leur article intitulé « Entitlement and the Body Politic : Rethinking Negligence in Public Law » (1986), 64 *R. du B. can.* 1], le droit privé en général et la responsabilité délictuelle en particulier n'offrent vraiment pas le cadre voulu pour régler les questions qui touchent fondamentalement à la nature de l'État et à la relation de l'individu avec l'État et le droit :

... en établissant à l'égard des actes et de la responsabilité de l'État des règles fondées sur des concepts de responsabilité délictuelle, les législatures et les tribunaux ont fait abstraction d'un grand nombre de facteurs qui devraient être pris en compte pour définir le lien entre l'individu et l'État. . . [p. 5]

... les droits contre l'État diffèrent qualitativement des droits contre les individus. [p. 12]

2.5.4 Autres recours existants

Contrairement au délit d'enquête négligente proposé, les délits existants d'arrestation illégale, de détention arbitraire, de poursuite abusive et de

179

180

181

office do not give rise to the policy concerns we have just discussed. With respect to each of these torts, where a police officer is acting within the scope of his or her powers, there can be no tort liability for simple negligence in the performance of his duty. The torts of false arrest and false imprisonment are properly circumscribed in recognition of the limited role of the police officer in the overall criminal process, and any interposition of judicial discretion effectively ends any civil liability. By contrast, how does the proposed tort action account for the fact that, once a criminal charge has been laid, the *Crown* controls the proceedings, not the police? (Indeed, in some jurisdictions, the Crown takes control earlier in the process — all charges are vetted by the Crown before they are laid.) How is the intervening verdict of a neutral third party to be considered in the negligence action? Is it a *novus actus interveniens* that breaks the chain of causation between the act of negligence and the injury? Does the answer depend on the strength of the evidence which was not tainted by the negligent conduct in question? Since the ultimate issue on the question of duty of care is whether it is fair and just to impose it, is it fair to saddle the police with the entire cost when responsibility for wrongful convictions has been attributed to all players in the justice system, including witnesses, scientists, Crown attorneys, judges and juries, none of whom is exposed to liability, with the exception of Crown Attorneys, for the tort of malicious prosecution?

faute dans l'exercice d'une charge publique ne soulèvent pas les considérations de politique générale examinées précédemment. Pour chacun de ces délits, le policier qui agit dans les limites de ses pouvoirs n'engage pas sa responsabilité délictuelle lorsqu'il fait simplement preuve de négligence dans l'exercice de ses fonctions. Les délits d'arrestation illégale et de détention arbitraire tiennent dûment compte du rôle limité que joue le policier dans l'ensemble du processus pénal et sont délimités en conséquence, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire écarte de fait toute responsabilité civile. Par contre, comment le délit proposé tient-il compte du fait qu'une fois l'accusation criminelle déposée, le *ministère public*, et non la police, est maître de la procédure? (D'ailleurs, dans certains ressorts, le ministère public intervient plus tôt dans le processus, vérifiant toute accusation avant qu'elle ne soit portée.) Comment la décision d'un tiers neutre rendue dans l'intervalle doit-elle être considérée dans le cadre de l'action pour négligence? S'agit-il d'un *novus actus interveniens* rompant le lien de causalité entre l'acte de négligence et le préjudice? Cela tient-il au caractère probant de la preuve que la négligence en cause n'a pas été viciée? Puisque la question que pose en définitive l'obligation de diligence est celle de savoir s'il est juste et équitable de l'imposer, convient-il d'en faire porter tout le poids aux policiers lorsque la responsabilité pour la déclaration de culpabilité injustifiée est imputée à tous les acteurs du système de justice, y compris les témoins, les scientifiques, les procureurs de la Couronne, les juges et les jurés, aucun d'eux ne s'exposant à un recours en responsabilité délictuelle, sauf le procureur de la Couronne en cas de poursuite abusive?

182

The torts of malicious prosecution and misfeasance in public office concern allegations of *misuse* and *abuse* of the criminal process and of the police officer's position. These torts do not invite a second-guessing of the police officer's judgment in the investigation of a case but deal rather with the deliberate and malicious use of the police officer's position for ends that are improper and inconsistent with the public duty entrusted upon him or her. In short, there is no conflict between the duties imposed by the existing torts and the police

Les délits de poursuite abusive et de faute dans l'exercice d'une charge publique ont trait à l'*abus* de la procédure pénale et du pouvoir policier. Il ne s'agit pas d'apprécier après coup la décision du policier prise dans le cadre d'une enquête, mais bien de déterminer si la fonction policière a délibérément été exercée à des fins illégitimes et incompatibles avec le devoir public du policier. Bref, il n'existe aucun conflit entre les obligations qui sous-tendent les délits existants et le devoir public du policier d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les

officer's public duty to investigate crime and apprehend offenders. The creation of the new tort of negligent investigation would effectively subsume all the existing torts and risk upsetting the necessary balance between the competing interests at play.

2.5.5 Civil Law in Quebec

Finally, a word must be said about the existing state of the civil law in Quebec. MacPherson J.A. found support for his conclusion that there was a common law duty of care in two decisions of the Quebec Court of Appeal: *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720, and *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, stating that he was "impressed by the reasoning and the balanced results" achieved in those two cases (para. 66). In both cases, the court recognized a duty of care on police towards suspects based on the general provision found in art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Article 1457 provides:

Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

I will briefly review the facts and findings in these two cases. In *Lacombe*, Alain André was charged with sexually assaulting his adopted daughter. Eight months later, after the charges were withdrawn prior to the commencement of a preliminary inquiry, Mr. André brought a suit against the police, claiming that they did not have reasonable and probable grounds for his arrest. At trial, damages in the amount of \$326,100 were awarded and a further appeal was dismissed, the Quebec Court of Appeal holding that the police did not have reasonable and probable grounds when they arrested Mr. André.

contrevenants. Le nouveau délit d'enquête négligente proposé engloberait en fait tous les délits existants et risquerait de perturber l'équilibre nécessaire entre les intérêts opposés qui sont en jeu.

2.5.5 Le droit civil au Québec

Enfin, quelques remarques s'imposent sur l'état actuel du droit civil au Québec. Le juge MacPherson conclut à l'existence d'une obligation de diligence de common law en s'appuyant sur deux décisions de la Cour d'appel du Québec : *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, et *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37. Il dit avoir été [TRADUCTION] « impressionné par le raisonnement et l'équilibre atteint » dans ces deux affaires (par. 66). Dans chacune d'elles, la Cour d'appel a reconnu que le policier avait une obligation de diligence envers le suspect en raison d'une disposition générale du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 — l'art. 1457 —, dont voici le libellé :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Il convient de rappeler brièvement les faits et les conclusions. Dans l'affaire *Lacombe*, Alain André a été accusé d'avoir agressé sexuellement sa fille adoptive. Huit mois plus tard, après que les accusations eurent été retirées avant l'enquête préliminaire, M. André a poursuivi les policiers, alléguant qu'ils l'avaient arrêté sans avoir de motifs raisonnables et probables de le faire. Il a obtenu des dommages-intérêts de 326 100 \$ en première instance, et la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de cette décision, statuant que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables au moment de l'arrestation.

185

In *Jauvin*, the accused John Jauvin was charged with conspiracy to commit fraud but, eventually, all the charges against him were dropped. Mr. Jauvin brought a suit against the police, claiming that the police inquiry and investigation had caused him great harm and seeking damages exceeding \$4 million. Jauvin's suit was dismissed at trial, as was his appeal to the Quebec Court of Appeal. However, while the court held that there was no fault on the part of the respondent Attorney General of Quebec, the court did hold, that simple negligence on the part of the police could engage art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, which concerns extra-contractual civil liability. In determining the standard of care, the court referred to its decision in *Lacombe* and stated that the conduct of a police officer was to be that of the normally competent, prudent and diligent officer in the same situation.

186

Both cases, in my view, provide little assistance in deciding the present appeal. There is no question that *Lacombe* and *Jauvin* provide some support for the proposition that police officers owe suspects a duty of care. However, three things are worth noting in this regard. First, in both *Jauvin* and *Lacombe* the duty owed arises primarily out of the codified provision in art. 1457 of the *Civil Code of Québec*. Thus, while interesting, neither case directly supports the proposition that police should owe suspects a common law duty of care. Second, *Lacombe* turned on whether the police had reasonable and probable grounds to arrest Mr. André; in the view of the courts, they did not. This is by no means a novel legal principle. Third, no liability was found in *Jauvin* and, while the Court of Appeal reiterated its finding in *Lacombe* that civil liability in negligence can be imposed, none of the policy considerations raised in this case were considered or discussed.

3. Conclusion

187

For these reasons, I conclude, as have other courts of common law jurisdictions, that the common law

Dans l'affaire *Jauvin*, John Jauvin a été accusé de complot en vue de commettre une fraude, mais toutes les accusations portées contre lui ont finalement été abandonnées. M. Jauvin a intenté une poursuite contre les policiers, alléguant que leur enquête lui avait causé un grand préjudice et qu'il avait droit à des dommages-intérêts de plus de 4 millions de dollars. Il a été débouté en première instance, puis en appel. Cependant, si la Cour d'appel a conclu que l'intimé le procureur général du Québec n'avait commis aucune faute, elle a par ailleurs statué que la seule négligence d'un policier pouvait emporter l'application de l'art. 1457 du *Code civil du Québec* relatif à la responsabilité civile extracontractuelle. Pour déterminer la norme de diligence, la Cour d'appel s'est fondée sur son arrêt *Lacombe* et a conclu qu'un policier devait agir comme un policier normalement compétent, prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Selon moi, les arrêts *Lacombe* et *Jauvin* ne permettent guère de statuer sur le présent pourvoi. Ils offrent certes un certain appui à la thèse que les policiers ont une obligation de diligence envers les suspects, mais trois précisions s'imposent. Premièrement, dans chacune de ces affaires, l'obligation imposée découle essentiellement de la disposition codifiée à l'art. 1457 du *Code civil du Québec*. Ainsi, malgré l'intérêt qu'elles présentent, aucune des décisions n'appuie la prétention que le policier devrait avoir envers le suspect une obligation de diligence en common law. Deuxièmement, dans l'affaire *Lacombe*, la question était celle de savoir si les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables pour arrêter M. André; les tribunaux saisis ont répondu par la négative. Aucun principe juridique nouveau n'a vu le jour. Troisièmement, nulle responsabilité n'a été reconnue dans l'affaire *Jauvin*, et même si la Cour d'appel a confirmé la conclusion tirée dans l'affaire *Lacombe*, à savoir que la responsabilité civile pour négligence peut être imputée, elle n'a examiné aucune des considérations de politique générale soulevées dans la présente affaire.

3. Conclusion

Pour ces motifs, comme l'ont fait les tribunaux d'autres ressorts de common law, je conclus que

tort of negligent investigation should not be recognized in Canada. The recognition that the civil tort system is not the appropriate vehicle to provide compensation for the wrongfully convicted should not be viewed as undermining the importance of achieving that important goal. However, how this goal is to be achieved is a complex issue that has been discussed in the context of a number of inquiries and governmental studies: see for example *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (the Sophonow Inquiry); *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations* (1989) (the Marshall Inquiry); *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) (the Morin Inquiry); *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing) (the Milgaard Inquiry); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007) (the Driskell Inquiry); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes* (2006) (the Lamer Inquiry). It may be that compensation for the wrongfully convicted is a matter better left for the legislators in the context of a comprehensive statutory scheme. It is certainly not a matter that should be left to the vagaries of the proposed tort action.

I would allow the Crown's cross-appeal and dismiss Mr. Hill's appeal.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed, BASTARACHE, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Boghosian & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

le délit d'enquête négligente ne devrait pas être reconnu en common law au Canada. Cependant, même si j'estime que le régime de la responsabilité délictuelle n'est pas le véhicule approprié pour l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime, je conviens de l'importance d'une telle réparation. Mais trouver le moyen d'y parvenir n'est pas simple, et un certain nombre d'enquêtes et d'études gouvernementales se sont penchées sur la question, dont les enquêtes Sophonow (*The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001)); Marshall (*Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations* (1989)); Morin (*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998)); Milgaard (*Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard*, en cours); et Driskell (*Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)), ainsi que la commission Lamer (*The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes* (2006)). Peut-être vaut-il mieux laisser aux législateurs le soin d'assurer l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime dans le cadre d'un régime législatif complet. Pareille réparation ne devrait certainement pas dépendre de l'issue incertaine du recours délictuel proposé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident du ministère public et de rejeter le pourvoi de M. Hill.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté, les juges BASTARACHE, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant/intimé au pourvoi incident: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident: Boghosian & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Falconer Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Legal Advisors' Section, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Falconer Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Legal Advisors' Section, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.