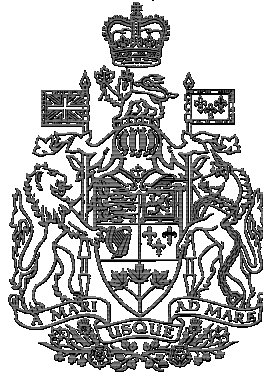


**SUPREME COURT
OF CANADA**



**COUR SUPRÊME
DU CANADA**

**BULLETIN OF
PROCEEDINGS**

**BULLETIN DES
PROCÉDURES**

This Bulletin is published at the direction of the Registrar and is for general information only. It is not to be used as evidence of its content, which, if required, should be proved by Certificate of the Registrar under the Seal of the Court. While every effort is made to ensure accuracy, no responsibility is assumed for errors or omissions.

Ce Bulletin, publié sous l'autorité du registraire, ne vise qu'à fournir des renseignements d'ordre général. Il ne peut servir de preuve de son contenu. Celle-ci s'établit par un certificat du registraire donné sous le sceau de la Cour. Rien n'est négligé pour assurer l'exactitude du contenu, mais la Cour décline toute responsabilité pour les erreurs ou omissions.

Subscriptions may be had at \$100 per year, payable in advance, in accordance with the Court tariff. During Court sessions it is usually issued weekly.

Le prix de l'abonnement, fixé dans le tarif de la Cour, est de 100 \$ l'an, payable d'avance. Le Bulletin paraît en principe toutes les semaines pendant les sessions de la Cour.

The Bulletin, being a factual report of recorded proceedings, is produced in the language of record. Where a judgment has been rendered, requests for copies should be made to the Registrar, with a remittance of \$10 for each set of reasons. All remittances should be made payable to the Receiver General for Canada.

Le Bulletin rassemble les procédures devant la Cour dans la langue du dossier. Quand un arrêt est rendu, on peut se procurer les motifs de jugement en adressant sa demande au registraire, accompagnée de 10 \$ par exemplaire. Le paiement doit être fait à l'ordre du Receveur général du Canada.

October 20, 1995

1580 - 1651

le 20 octobre 1995

CONTENTS**TABLE DES MATIÈRES**

Applications for leave to appeal filed	1580 - 1582	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	1583 - 1586	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Oral hearing ordered	-	Audience ordonnée
Oral hearing on applications for leave	-	Audience sur les demandes d'autorisation
Judgments on applications for leave	1587 - 1590	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1591 - 1593	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	1594	Avis d'appel déposés depuis la dernière parution
Notices of intervention filed since last issue	-	Avis d'intervention déposés depuis la dernière parution
Notices of discontinuance filed since last issue	-	Avis de désistement déposés depuis la dernière parution
Appeals heard since last issue and disposition	1595	Appels entendus depuis la dernière parution et résultat
Pronouncements of appeals reserved	1596 - 1598	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1599 - 1647	Sommaires des arrêts récents
Weekly agenda	1648	Ordre du jour de la semaine
Summaries of the cases	-	Résumés des affaires
Cumulative Index - Leave	-	Index cumulatif - Autorisations
Cumulative Index - Appeals	-	Index cumulatif - Appels
Appeals inscribed - Session beginning	-	Appels inscrits - Session commençant le
Notices to the Profession and Press Release	-	Avis aux avocats et communiqué de presse
Deadlines: Motions before the Court	1649	Délais: Requêtes devant la Cour
Deadlines: Appeals	1650	Délais: Appels
Judgments reported in S.C.R.	1651	Jugements publiés au R.C.S.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO
APPEAL FILED**

Michael Sobhi
Michael Sobhi

v. (24901)

Landmark of Thornhill Ltd. (Ont.)
Patricia M. Conway
Morris / Rose / Ledgett

FILING DATE 11.10.1995

Purolator Courier Ltd.
R.J. Handlon
Pitblado & Hoskin

v. (24903)

Meditek Laboratory Services Ltd. et al. (Man.)
W.S. Gange
Thompson Dorfman Sweatman

FILING DATE 10.10.1995

Dara Wilder
Dara Wilder

v. (24904)

Her Majesty The Queen (Man.)
A.G. of Manitoba

FILING DATE 2.10.1995

Dara Wilder
Dara Wilder

v. (24905)

Her Majesty The Queen (Man.)
A.G. of Manitoba

FILING DATE 2.10.1995

Her Majesty The Queen
Scott C. Hutchison
Crown Law Office - Criminal

v. (24907)

Steven Bruce Halliday (Ont.)
Edward L. Greenspan, Q.C.
Greenspan Rosenberg and Buhr

FILING DATE 10.10.1995

J. Shah
G. Brent Gawne
G. Brent Gawne & Assoc.

v. (24908)

**DEMANDES D'AUTORISATION
D'APPEL DÉPOSÉES**

**Her Majesty The Queen in right of Alberta
(Alta.)**

A.P. Hnatiuk, Q.C.
A.G. of Alberta

FILING DATE 10.10.1995

Pilar Cuenca et al.
Jeffrey K. Boro
Shadley, Melançon & Boro

c. (24909)

Le Procureur général du Canada (Qué.)
Richard Starck
P.G. du Canada

DATE DE PRODUCTION 10.10.1995

Castor Holdings Ltd. et al.
Yvan Bolduc
Heenan Blaikie

c. (24910)

Stikeman Elliott et al. (Qué.)
Vincent O'Donnell, c.r.
Lavery, de Billy

DATE DE PRODUCTION 11.10.1995

**Syndicat des professeurs de l'Université du
Québec à Trois-Rivières et al.**
Pierre Grenier
Melançon, Marceau, Grenier et Sciortino

c. (24911)

M^e Jaques Dupont et al. (Qué.)
Lucien Bédard
Affaires juridiques

DATE DE PRODUCTION 13.10.1995

Jacques Bernier
Luc Tourangeau
Girard, Allard & Assoc.

c. (24912)

Sa Majesté La Reine (Qué.)
Paul Roy
Subs. procureur général

DATE DE PRODUCTION 13.10.1995

The Government of Saskatchewan
Darryl J. Brown
A.G. of Saskatchewan

v. (24913)

Elaine Pasiechnyk et al. (Sask.)
E.F. Anthony Merchant
Merchant Law Group

FILING DATE 12.10.1995

and between

The Workers' Compensation Board
Robert G. Richards
MacPherson, Leslie & Tyerman

v. (24913)

Elaine Pasiechnyk et al. (Sask.)
E.F. Anthony Merchant
Merchant Law Group

FILING DATE 16.10.1995

The Liquor Depot at Callingwood Ltd.
Allan E. Domes
Milner Fenerty

v. (24914)

The City of Edmonton et al. (Alta.)
Gwendolyn J. Stewart-Palmer
City of Edmonton Law Dept.

FILING DATE 13.10.1995

Southam Inc. et al.
Glenn Leslie
Blake, Cassels & Graydon

v. (24915)

**The Director of Investigation and Research
(F.C.A.)(Ont.)**
Stanley Wong
Davis & Co.

FILING DATE 13.10.1995

Tom Callahan
Melvyn L. Solmon
Solmon Rothbart Goodman

v. (24916)

Carol Courtnage et al. (Ont.)
Mark Zigler
Koskie and Minsky

FILING DATE 13.10.1995

Her Majesty The Queen
Roger Taylor
A.G. of Canada

v. (24918)

Fibreco Pulp Inc. et al. (F.C.A.)
Gordon Funt
Fraser & Beatty

FILING DATE 16.10.1995

Mr. and Mrs. Robert Alcorn
Unrepresented by counsel

v. (24920)

William Solomon (Ont.)
Lawrence Wolfman
Kerr, Oster & Wolfman

FILING DATE 17.10.1995

**APPLICATIONS FOR LEAVE
SUBMITTED TO COURT SINCE
LAST ISSUE**

**DEMANDES SOUMISES À LA COUR
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

17 OCTOBRE 1995 _____ **OCTOBER 17, 1995 / LE**

**CORAM: CHIEF JUSTICE LAMER AND GONTHIER AND IACOBUCCI JJ. /
LE JUGE EN CHEF LAMER ET LES JUGES GONTHIER ET IACOBUCCI**

M.S.

v. (24802)

Her Majesty the Queen

- and -

The Keeper of Mountain Institution (Crim.)(B.C.)

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Procedural law - Habeas corpus - Whether provincial Crown or federal Crown should appear in proceedings
- Did Court of Appeal err in refusing to grant default judgment in *habeas corpus* proceedings.

PROCEDURAL HISTORY

November 14, 1994
Supreme Court of British Columbia
(MacKinnon J.)

Applicant's petition dismissed

May 12, 1995
Court of Appeal for British Columbia
(Macfarlane, Goldie and Prowse JJ.A.)

Application dismissed

June 16, 1995
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

**CORAM: LA FOREST, CORY AND MAJOR JJ. /
LES JUGES LA FOREST, CORY ET MAJOR**

Derksen Brothers Holdings Ltd., 45075 Manitoba Ltd. and Frank Derksen

v. (24765)

Canadian Imperial Bank of Commerce

(the "Coral-Reef action")

- and between -

Derksen Brothers Holdings Ltd. and Frank Derksen

- and -

Canadian Imperial Bank of Commerce

(the "Green Meadows action")

- and between -

Coral-Reef Holdings Ltd.

and

Northmain Properties Ltd.

- and -

Canadian Imperial Bank of Commerce (Man.)

(the "Northmain action")

NATURE OF THE CASE

Procedural Law - Civil Procedure - Evidence - Summary Judgment - Whether a fiduciary or other special relationship existed between the litigants - Whether the Applicants have a fundamental right to have the merits of their claims heard by a trial judge - Whether the Court of Appeal erred in granting summary determinations of claims remaining to be litigated between the parties on the grounds of *res judicata* and issue estoppel - Whether the Court of Appeal erred in making credibility findings without affording the applicants the right to be tried by a trial judge.

PROCEDURAL HISTORY

August 10, 1994
Court of Queen's Bench, Manitoba
(Morse J.)

The Coral-Reef action: motion for striking out or dismissing the claims dismissed.
The Green Meadows and Northmain actions: motions for summary judgment dismissed.

March 28, 1995
Manitoba Court of Appeal
(Scott C.J.M., Huband and Lyon
J.J.A.)

Appeals allowed: Applicants' claims dismissed in the
Coral-Reef action; summary judgments granted in
the Green Meadows and Northmain actions and
counterclaims struck out.

May 29, 1995
Supreme Court of Canada

Applications for leave to appeal filed.

**CORAM: L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA AND McLACHLIN JJ. /
LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA ET McLACHLIN**

Penelope Karvellas Sullivan

v. (24819)

Terry Robert Fletcher (Alta.)

NATURE OF THE CASE

Family law - Division of property - Divorce - Applicant convicted of having illicit sexual intercourse with his stepdaughter - Whether criminal conduct is a relevant factor under s.8(a) and (m) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9, in the division of the matrimonial property.

PROCEDURAL HISTORY

January 12, 1995
Court of Queen's Bench of Alberta
(Andrekson J.)

Action involving competing claims under the
Matrimonial Property Act: Applicant entitled to
65% of the distributable property and the
Respondent 35%

June 1, 1995
Court of Appeal of Alberta
(Kerans, Belzil and Foisy J.J.A.)

Appeal dismissed

July 25, 1995
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

Her Majesty the Queen

v. (24816)

Hardip Singh Rarru (Crim.)(B.C.)

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Defence - Interpretation - Defence of honest but mistaken belief in consent - Air of reality test - Whether the British Columbia Court of Appeal erred in law in requiring the trial judge to invite the jury to consider a speculative scenario, not supported by the evidence, as a basis for a defence of honest but mistaken belief in consent - Whether the Court of Appeal erred in law in requiring the trial judge to leave the defence of honest but mistaken belief in consent with the jury when the Respondent failed to allege that the defence ought to apply - Whether the Court of Appeal erred in law by treating the Respondent's self-induced intoxication as part of the basis for a defence of honest but mistaken belief in consent - Application of *The Queen v. Park*, file 23876, rendered on June 22, 1995.

PROCEDURAL HISTORY

June 8, 1993
Supreme Court of British Columbia (Brenner J.)

Conviction: Sexual assault

APPLICATIONS FOR LEAVE
SUBMITTED TO COURT SINCE LAST ISSUE

DEMANDES SOUMISES À LA COUR DEPUIS
LA DERNIÈRE PARUTION

June 2, 1995
Court of Appeal of British Columbia
(Goldie, Rowles and Hutcheon, JJ.A.)

Appeal allowed and new trial ordered

July 18, 1995
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

**JUDGMENTS ON APPLICATIONS
FOR LEAVE**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES
DEMANDES D'AUTORISATION**

OCTOBER 19, 1995 / LE 19 OCTOBRE 1995

24801 PATRICK T. GILLEN - v. - THE QUEEN, MICHAEL PROVAN (WARDEN OF WARKWORTH INSTITUTION), CORRECTION SERVICES CANADA, AND THE NATIONAL BOARD PAROLE BOARD (Crim.)(Ont.)

CORAM: The Chief Justice and Gonthier and Iacobucci JJ.

The application for leave to appeal is dismissed.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Sentencing - Statutes - Interpretation - *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. C-44.6, s. 127 - Calculation of Applicant's statutory release date - Whether under the *Penitentiary Act* or the *Prisons and Reformatories Act*, a prisoner could effect his release on mandatory supervision after the completion of half his sentence by receiving all the remission to which he was entitled.

24465 GEORGE BUCHAN SIMPSON - v. - HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.)(B.C.)

CORAM: The Chief Justice and Gonthier and Iacobucci JJ.

The application for extension of time is granted and the application for reconsideration of the application for leave to appeal is dismissed.

La demande de prorogation de délai est accordée et la requête visant à obtenir le réexamen de la demande d'autorisation d'appel est rejetée.

24829 JEAN-FRANÇOIS BEAUPRÉ - v. - HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.)(Qué.)

CORAM: The Chief Justice and Gonthier and Iacobucci JJ.

The application for leave to appeal is dismissed.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Evidence - Trial by jury - Directions - Credibility - Whether any reference by a trial judge in his instructions to a jury that an accused has an interest in lying infringes the presumption of innocence - Whether the Applicant's right to be presumed innocent was infringed by the trial judge's instruction to the jury that in assessing credibility they may take into consideration that an accused has an interest in lying in his defence - Application of *The Queen v. Levasseur*, [1994] 3 S.C.R. 518.

24796 J.F. - c. - M.G. (Qué.)

CORAM: Le Juge en chef et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier

La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

NATURE DE LA CAUSE

Droit de la famille - Divorce - Aliments - Interprétation d'une convention signée par les parties avant le jugement en séparation de corps et le dépôt des procédures en divorce - La Cour d'appel a-t-elle erré en concluant que les parties envisageaient de façon exclusive le recours en séparation de corps lorsqu'elles ont signé une convention qui prévoyait qu'elle serait incorporée à la demande de séparation de corps ou à la demande de divorce comme convention sur les mesures accessoires? - Portée des arrêts *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892.

24655 **VALERY I. FABRIKANT - v. - C. ADOLPH, A. MCINTOSH, W. MARSDEN, D.W. PERKS, THE GAZETTE - and - LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC** (Que.)

CORAM: The Chief Justice and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.

The application for urgent relief and the application for the appointment of counsel are dismissed. The application for leave to appeal is dismissed with costs.

La demande de redressement urgent et la demande de nomination d'un procureur sont rejetées. La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

NATURE OF THE CASE

Procedural law - Civil procedure - Practice - Action for libel - Exemption from payment of fees - Application to continue action in *forma pauperis* without being required to pay disbursements.

24612 **A. M. -v.- CLIVE RYAN and Dr. Kathleen Parfitt** (B.C.)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

The application for extension of time and the application for leave to appeal are granted.

La demande de prorogation de délai et la demande d'autorisation d'appel sont accordées.

NATURE OF THE CASE

Torts - Procedural law - Civil procedure - Evidence - Assessment - Damages - Privilege - Applicant bringing action for damages alleged to have occurred because of sexual abuse - Whether the Court of Appeal erred in finding that the Applicant had failed to claim privilege with respect to the Respondent Dr. Parfitt's records - Whether the Court of Appeal erred in failing to find that counselling records arising from therapy for sexual assault are protected by privilege.

24694 **DANIEL FRANCIS VIOLA -v.- HER MAJESTY THE QUEEN** (Crim.)(Alta)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

The application for leave to appeal is dismissed.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Evidence - Canadian Charter of Rights and Freedoms - Offences - Breathalyser - Whether the higher courts erred in disturbing the trial judge's ruling that a reasonable doubt existed with respect to the Applicant's blood alcohol level exceeding 80 mgs. percent - Whether the higher courts erred in characterizing the evidence tendered at trial as "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258 (1)(c) of the *Criminal Code* - Whether the higher courts erred in failing to distinguish *R. v. Moreau* from the present case - Whether it constitutes a violation of s. 7 of the *Charter* that an individual can be convicted of "blowing over 80" notwithstanding that he may have only blown 80 and no higher.

24693 **C.N. WEBER LIMITED -v.- JOHN DOOLEY** (Ont.)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

The application for leave to appeal is dismissed.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

NATURE OF THE CASE

Labour law - Labour relations - Termination of employment by employer - Managerial employee having consensual sexual affairs outside work with two female subordinates - Employer not being affected by employee's conduct - Power of employer to forbid sexual relations between employees - Whether the employee was dismissed for a just cause - Whether the Court of Appeal erred in not finding that it was within the scope of the Applicant's management authority to prohibit sexual relations between its senior managers and their subordinates to avoid potential liability for sexual harassment claims - Whether the Court of Appeal erred in not finding there was just cause to dismiss the Respondent for insubordination of his employer's order.

24737 **ALFRED GOODSWIMMER, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other Members of the Sturgeon Lake Indian Band, the Council of the Sturgeon Lake Indian Band, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Forence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer and the Lesser Slave Lake Indian Regional Council -v.- The ATTORNEY GENERAL of Canada, The Minister of Indian Affairs and Northern Development and Darlene Desjarlais, in Her Capacity as Chief of the Sturgeon Lake Indian Band** (F.C.A.)(Alta)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

The application for leave to appeal is granted.

La demande d'autorisation d'appel est accordée.

NATURE OF THE CASE

Indians - Statutes - Interpretation - Elections - Requirement for Elections - Whether as a matter of interpretation of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c.I.-5, as amended, a person who is not an elector of an Indian band is eligible to be a candidate for and may be elected as chief of the band?

24745 **ALFRED GOODSWIMMER, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other Members of the Sturgeon Lake Indian Band, the Council of the Sturgeon Lake Indian Band, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Forence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer and the Lesser Slave Lake Indian Regional Council -v.- The ATTORNEY GENERAL of Canada, The Minister of Indian Affairs and Northern Development and Darlene Desjarlais, in Her Capacity as Chief of the Sturgeon Lake Indian Band** (F.C.A.)(Alta)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.

The application for leave to appeal is granted.

La demande d'autorisation d'appel est accordée.

NATURE OF THE CASE

Indians - Statutes - Interpretation - Elections - Requirement for Elections - Whether as a matter of interpretation of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c.I.-5, as amended, a person who is not an elector of an Indian band is eligible to be a candidate for and may be elected as chief of the band?

Before / Devant: LE JUGE GONTHIER

Requête en acceptation d'un mémoire d'appel de plus de 40 pages

Motion for acceptance of factum on appeal over 40 pages

Louissette Béliveau St-Jacques

c. (22339)

Fédération des employées et employés de Services Publics Inc. et al. (Qué.)

GRANTED / ACCORDÉE

12.10.1995

Before / Devant: MAJOR J.

**Motion for an order permitting to file a
supplementary argument**

**Requête en vue d'obtenir une ordonnance
autorisant le dépôt d'un mémoire supplémentaire**

Derksen Brothers Holdings Ltd. et al.

v. (24765)

Canadian Imperial Bank of Commerce (Man.)

GRANTED / ACCORDÉE

16.10.1995

Before / Devant: MAJOR J.

Motion for leave to intervene

BY/PAR: CASHRA

IN/DANS: David Attis et al.

v. (24002)

Board of School Trustees, Dist. No.
15 (N.B.)**Requête en autorisation d'intervention**

Joseph J. Arvay, Q.C., for the motion. (Tel.)

Douglas H. Christie, for Malcolm Ross. (Tel.)

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATION by the Applicant Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA) for leave to intervene in the above appeal;

AND HAVING READ the material filed and having heard counsel for the parties;

It is hereby ordered that:

1. The motion for leave to intervene of the Applicant CASHRA is granted. The Applicant Association is authorized to file a factum not exceeding twenty pages and is granted fifteen minutes for oral argument in the above appeal.

16.10.1995

Before / Devant: THE DEPUTY REGISTRAR

**Motion to extend the time in which to file the
respondent's factum**

Timothy Randall Lemky

v. (24454)

Her Majesty The Queen (B.C.)

**Requête en prorogation du délai de dépôt du
mémoire de l'intimée**

With the consent of the parties.

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to November 13, 1995.

16.10.1995

Before / Devant: THE DEPUTY REGISTRAR

Motion to extend the time in which to file the respondent's factum

Robert Allan Munroe

v. (24586)

Her Majesty The Queen (Ont.)

Requête en prorogation du délai de dépôt du mémoire de l'intimée

With the consent of the parties.

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to August 24, 1995.

17.10.1995

Before / Devant: THE REGISTRAR

Motion to extend the time in which to file the applicant's reply

Requête en prorogation du délai de dépôt de la réplique de la requérante

Husky Oil Operations Ltd.

With the consent of the parties.

v. (24855)

Saint John Shipbuilding Ltd. et al. (Nfld.)

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to October 23, 1995.

17.10.1995

Before / Devant: THE REGISTRAR

**Motion to extend the time in which to file the
intervener's factum**BY/PAR: League for Human Rights of B'Nai
Brith Canada

IN/DANS: David Attis et al.

v. (24002)

The Board of School Trustees,
Dist. No. 15, et al. (N.B.)**GRANTED / ACCORDÉE** Time extended to September 11, 1995.

18.10.1995

Before / Devant: LE REGISTRAIRE

**Requête en prorogation du délai de dépôt du
mémoire d'un intervenant**

With the consent of the parties.

**Requête en prorogation du délai imparti de dépôt
de la réponse de l'intimé**

Ville de Verdun

c. (24860)

Gilles Doré (Qué.)

ACCORDÉE / GRANTED Délai prorogé au 20 novembre 1995.

**Motion to extend the time in which to file the
respondent's response**

Avec le consentement des parties.

**NOTICES OF APPEAL FILED SINCE
LAST ISSUE**

**AVIS D'APPEL DÉPOSÉS DEPUIS LA
DERNIÈRE PARUTION**

10.10.1995

Steve Liakas

c. (24906)

Sa Majesté La Reine (Crim.)(Qué.)

DE PLEIN DROIT

17.10.1995

Mara Properties Ltd.

v. (24684)

Her Majesty The Queen (F.C.A.)(B.C.)

**APPEALS HEARD SINCE LAST ISSUE
AND DISPOSITION**

**APPELS ENTENDUS DEPUIS LA
DERNIÈRE PARUTION ET
RÉSULTAT**

12.10.1995

CORAM: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ.

Dr. Martin L. Cohnstaedt

v. (24146)

University of Regina (Sask.)

A. John Beke, Q.C. and James Nugent, for the
appellant.

Gordon J. Kuski, Q.C. and Erin M.S. Kleisinger, for
the respondent.

LA FOREST J. (orally for the Court) -- We are all of
the view that the appeal should be allowed
substantially for the reasons of the dissenting judge,
Mr. Justice Sherstobitoff, in the Court of Appeal.
Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of
the Court of Appeal is set aside and judgment is
entered in favour of the appellant in the amount of
\$208,872.66, with costs throughout.

LE JUGE LA FOREST (oralement au nom de la
Cour) -- Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu
d'accueillir le pourvoi essentiellement pour les
raisons données par le juge Sherstobitoff, dissident
en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est
accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et
jugement est rendu en faveur de l'appelant pour la
somme de 208 872,66 \$, avec dépens dans toutes les
cours.

13.10.1995

CORAM: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major

**Israël Goldstein, es qualité de syndic à la faillite de
Chablis Textiles Inc.**

Gilles Paquin et Yoine Goldstein, pour l'appelant /
for the appellant.

c. (24130)

London Life Insurance Co. (Qué.)

Peter E. Graham, Q.C., pour l'intimée / for the
respondent.

EN DÉLIBÉRÉ / RESERVED

Nature de la cause:

Code civil - Assurance - Prise d'effet d'un contrat
d'assurance et d'une modification - Clause d'exclusion
en cas de suicide - Interprétation de l'article 2532 du
C.c.B.-C.

Nature of the case:

Civil Code — Insurance — Effective date of
insurance contract and amendment — Exclusion
clause in case of suicide — Interpretation of
art. 2532 C.C.L.C.

Reasons for judgment are available

Les motifs de jugement sont disponibles

OCTOBER 19, 1995 / LE 19 OCTOBRE 1995

23936

WORKERS' COMPENSATION BOARD - and - HUSKY OIL OPERATIONS LTD. - and - HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, as represented by the Minister of National Revenue, HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF SASKATCHEWAN, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF SASKATCHEWAN, as represented by the Minister of Finance, BANK OF MONTREAL, ERIC ZIMMERMAN, GARTH PRICE, TREVOR BROWN, ARTHUR GINGRAS, KELLY HOUSTON, DARCY KUZIO, HANS BOHLE, CHARLES PSHEBENICKI, TERRY SAPERGIA, SBW-WRIGHT CONSTRUCTION INC., CAMPBELL WEST (1991) LTD., FULLER AUSTIN INSULATION INC., UNITED INDUSTRIAL EQUIPMENT RENTALS LTD., ATCO ENTERPRISES LTD. and DELOITTE & TOUCHE INC., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of METAL FABRICATING & CONSTRUCTION LTD. - and - ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN - and - ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, ATTORNEY GENERAL FOR NEW BRUNSWICK, ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, ATTORNEY GENERAL FOR ALBERTA, WORKERS' COMPENSATION BOARD OF ONTARIO, WORKERS' COMPENSATION BOARD OF BRITISH COLUMBIA, WORKERS' COMPENSATION BOARD OF ALBERTA and YUKON WORKERS' COMPENSATION HEALTH AND SAFETY BOARD (Sask.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed with costs throughout, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. The constitutional questions are answered as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?
 - A. Yes. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3). Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. would answer in the negative.
2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?
 - A. Yes. Section 133 was inapplicable when Metal Fab entered bankruptcy. Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. would answer in the negative.

L'appel est rejeté avec dépens dans toutes les cours. Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de la *Workers' Compensation Act*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?
 - R. Oui. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et 133(3) s'appliquent conjointement. Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major répondraient par la négative.
2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?
 - R. Oui. L'article 133 était inapplicable lorsque Metal Fab a fait faillite. Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major répondraient par la négative.

23813 **KWONG HUNG CHAN - v. - MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION - and - IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD and CANADIAN COUNCIL OF REFUGEES (F.C.A.)(B.C.)**

CORAM: La Forest and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Le pourvoi est rejeté. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

23773 **KOBE TER NEUZEN v. DR. GERALD KORN - and - HIV-T GROUP (BLOOD TRANSFUSED), CANADIAN ASSOCIATION OF TRANSFUSED HEPATITIS C SURVIVORS, CANADIAN HOSPITAL ASSOCIATION AND CANADIAN RED CROSS SOCIETY (B.C.)**

CORAM: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

The appeal is dismissed with costs and the judgment of the Court of Appeal is affirmed.

Le pourvoi est rejeté avec dépens et le jugement de la Cour d'appel est confirmé.

24004 **THE CORPORATION OF THE CITY OF STRATFORD, STRATFORD POLICE DEPARTMENT AND BOARD OF POLICE COMMISSIONERS v. ALBERT LARGE AND THE ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION (Ont.)**

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is allowed, the decisions below are set aside and the complaint is dismissed.

Le pourvoi est accueilli, les décisions rendues par les juridictions inférieures sont infirmées et la plainte est rejetée.

24141 **HEIDI M. HARRER v. HER MAJESTY THE QUEEN - and - ATTORNEY GENERAL OF CANADA and ROBERT SCOTT TERRY (Crim.)(B.C.)**

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

24159 **F.J.U. - v. - HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.)(Ont.)**

CORAM: The Chief Justice and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

24148 **PHILIP KEITH FIRE, CATHY FRAN FIRE AND SAMUEL FIRE v. GEORGES-ANDRÉ LONGTIN AND GLORIA G. LONGTIN - and - THE CANADIAN BAR ASSOCIATION - ONTARIO** (Ont.)

CORAM: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed with costs.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

23887 **CONSOLIDATED ENFIELD CORP. v. MICHAEL BLAIR** (Ont.)(REVISED/REVISÉ)

CORAM: La Forest and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, and Major JJ.

The appeal is dismissed with costs to the respondent on a solicitor-client basis in this Court and in the proceedings before Carruthers J. and in the Ontario Court of Appeal.

Le pourvoi est rejeté et l'intimé a droit à ses dépens sur la base procureur-client, devant notre Cour et relativement aux procédures devant le juge Carruthers et la Cour d'appel de l'Ontario.

Compensation Board v. Husky Oil Operations Ltd., et al (Sask.)(23936)

Indexed as: **Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue /**

Répertorié: **Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national**

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: Lamer C.J. and

La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Bankruptcy -- Priorities -- Set-off -- Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy -- Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act -- The Workers' Compensation Act, S.S. 1979, c. W-17.1, s. 133(1), (3) -- Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

Constitutional Law -- Division of powers -- Paramountcy -- Conflict between provincial and federal law -- Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy -- Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

Husky Oil Operations Ltd. owed Metal Fabricating, a firm which, after being formally notified of its arrears to the Workers' Compensation Board and after making a general assignment of its book debts to the Bank of Montreal, made an assignment in bankruptcy and ceased operations. The Board, when it learned that Metal Fab had ceased operations, looked to Husky for payment under s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act*. Section 133(1) of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act* permitted the Board to obtain amounts owing its Injury Fund from a principal of a defaulting contractor. Husky in turn would be able to recover the amount paid on the Metal Fab's behalf by setting off that amount, pursuant to s. 133(3), from the amount it would otherwise pay Metal Fab. Husky and Metal Fab's creditors maintained that the operation of s. 133 conflicted with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy, in that the Board was able to obtain full payment to the detriment of the creditors who had a higher priority under the *Bankruptcy Act*. On a non-suit application made by Husky, the *Workers' Compensation Act* was found to be inapplicable in a bankruptcy scenario and the Court of Appeal upheld this finding. The constitutional questions queried whether, in situations where the contractor is bankrupt, these provisions are constitutionally non-operational because of conflict with the *Bankruptcy Act* and whether they applied in the circumstances of this case.

Held (Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act* operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, **Gonthier** and McLachlin JJ.: The gravamen of this appeal was the alleged conflict between s. 133 of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act* and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which set the priorities for recovery. The question, however, was not whether the provisions in s. 133 were independently valid, but rather, whether when combined they had the effect of reordering priorities in bankruptcy. The combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt, when s. 133(1) is read with s. 133(3), is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136 of the *Bankruptcy Act*.

The first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. The quartet (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Limited v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) does not stand for the sole proposition that the provinces cannot "jump the queue" but rather embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. The following propositions can be distilled from the quartet:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the *Bankruptcy Act* this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation;

- (4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the *Bankruptcy Act*, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for the purposes of the *Bankruptcy Act*;
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

The fifth and sixth propositions bear a close resemblance to the doctrine of colourability, but with two fundamental differences. First, the doctrine of colourability is a concept which only applies in assessing the pith and substance of the impugned legislation whereas propositions 5 & 6 continue to apply after the validity of the impugned provincial law has been determined. None of the quartet cases was concerned with colourable provincial legislation. Second, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. The intrusion, and not the intention to intrude, is determinative for division of powers purposes.

When ss. 133(1) and 133(3) operate in tandem, the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal. This is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset and since the Board does not have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments. This provision, rather, is more accurately characterized as creating a form of involuntary, statutory suretyship.

While the contractor is potentially liable for two debts (the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment) in a formal way, these in reality are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor.

When s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutorily deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

Parliament has recognized that the "law of set-off is applies to all claims made against the estate of the bankrupt" (s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*). In the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate.

The operation of s. 133 has the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate. Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has expressly indicated in s. 136(1)(h) that "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" is to rank eighth in the list of preferred claims and is to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and 133(3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act* is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict.

Section 133(4), which states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board", also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

Section 133 is inapplicable, rather than inoperable, in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere because bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. As bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality -- that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers -- the provincial law should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

Where federal and provincial legislation potentially conflict, it must be first determined whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, and if so, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy. A clear operational conflict existed here in that ss. 133(1) and 133(3) in their operation together entailed a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect.

Since as outlined s. 133 has no application in the event of bankruptcy, a number of threshold factual questions need not be addressed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 133(1) and (3) are severable and should be considered separately. Both are valid even where the contractor is or becomes bankrupt.

The doctrine of paramountcy, which arises where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, requires that the provincial legislation be declared inoperational to the extent of the conflict. Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other. Courts in applying the paramountcy doctrine should be restrained and look for co-existence rather than conflict.

A review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes did not give any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy.

The quartet of cases dealing with the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the Act (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) should be given a narrow interpretation. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. The broader approach, which would find a province to be improperly attempting to alter the priorities of distribution any time provincial law affected the final result of a bankruptcy, would produce unacceptable results because it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A bankruptcy priority is a category and its precise content can and does vary to some extent from one province to the next. Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. They must demonstrate that s. 133 actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt by directly creating interests in that property.

Section 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the board.

Section 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. No direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally exists between s. 133(1) and the

Bankruptcy Act. Nothing in the *Bankruptcy Act* precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy. Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. Section 136 encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive and complementary, not mutually exclusive.

Section 133(3) engages a more direct interference with the bankruptcy scheme than subs. (1) because since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal. It constitutes the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor.

Section 133(3) is merely declaratory of two different remedies existing at equity, set-off and indemnification. Set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. A claim for indemnification would have only an ancillary effect on the bankrupt's estate since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. Neither remedy is invalid as s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reconciles the priority scheme of the Act with the common law of set off, (and implicitly, of indemnification), and the claims embodied in s. 133(3) are merely reflective of those common law causes of action. Absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by that person under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another.

Set-off, independent of s. 133(3), also arises from the contractual relationship. The contracts oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance, or non-performance of the contract" by the contractors.

The fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, does not militate against a finding that the law of set-off applies. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment. The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events.

Although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor, the primary liability lies with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness.

Section 133(1) is still fully applicable in cases where there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Section 133(1) is the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard and s. 133(1) accordingly was not intended to operate solely in conjunction with s. 133(3). While s. 133(3) and the equitable rights it codifies might not be able to operate independently from s. 133(1), s. 133(1) can operate independently from s. 133(3).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, dismissing an appeal from a judgment of Wedge J. (1992), 104 Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Appeal dismissed, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act* operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Robert G. Richards and Evan L. Bennett, for the appellant.

James S. Ehmann and Paul J. Harasen, for the respondent Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, Q.C., and Gordon Berscheid, for the respondent the Attorney General of Canada.

Thomson Irvine, for the respondent Attorney General for Saskatchewan.

Brian J. Scherman, for the respondent Bank of Montreal.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Cedric L. Haines, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Nolan D. Steed* for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submission only by *Elizabeth Kosmidis* for the intervener Workers' Compensation Board of Ontario.

Written submission only by *Gerald W. Massing* for the intervener Workers' Compensation Board of British Columbia.

Written submission only by *Douglas R. Mah* for the intervener Workers' Compensation Board of Alberta.

Written submission only by *Bruce L. Willis, Q.C.*, for the intervener Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Solicitor for respondent Her Majesty the Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents Her Majesty the Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, and Her Majesty the Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent Bank of Montreal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Solicitors for the respondents Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki and Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Solicitors for the respondent SBW--Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Solicitors for the respondent Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Solicitors for the respondent Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Solicitors for the respondent United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Solicitors for the respondent ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Deloitte & Touche Inc, as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General of Saskatchewan, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Workers' Compensation Board of Ontario: Workers' Compensation Board of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Workers' Compensation Board of British Columbia: Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.

Solicitor for the intervener Workers' Compensation Board of Alberta: Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

Faillite -- Ordre de priorité -- Compensation -- Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite -- Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? -- The Workers' Compensation Act, art. 133(1), (3) -- Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

Droit constitutionnel -- Partage des pouvoirs -- Prépondérance -- Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale -- Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite -- Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

Husky Oil Operations Ltd. était propriétaire de Metal Fabricating, une firme qui, après avoir été dûment avisée des arrérages qu'elle devait à la Workers' Compensation Board (la Commission) et après avoir fait une cession générale de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal, a fait cession de ses biens et cessé ses opérations. Lorsqu'elle a appris la cessation des opérations de Metal Fab, la Commission s'est adressée à Husky pour obtenir paiement en vertu du par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act*. Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act* de la Saskatchewan permettait à la Commission d'obtenir du commettant d'un entrepreneur fautif les montants dus à sa caisse des accidents. Husky pourrait ensuite recouvrer le montant versé pour le compte de Metal Fab en opérant compensation, conformément au par. 133(3), entre ce montant et tout montant qu'elle paierait par ailleurs à Metal Fab. Les créanciers de Husky et de Metal Fab ont soutenu que l'application de l'art. 133 était incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite, du fait que la Commission pouvait se faire payer intégralement au détriment des créanciers qui occupaient un rang supérieur en vertu de la *Loi sur la faillite*. À la suite d'une demande de non-lieu présentée par Husky, il a été conclu que *The Workers' Compensation Act* n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite, et la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Les questions constitutionnelles consistaient à se demander si, dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, ces dispositions sont inopérantes du point de vue constitutionnel pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, et si elles s'appliquaient dans les circonstances de la présente affaire.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et 133(3) de *The Workers' Compensation Act* s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, **Gonthier** et McLachlin: L'essence du présent pourvoi est le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act* de la Saskatchewan et l'al. 136(1)h) de la *Loi sur la faillite*, qui établit l'ordre de priorité de recouvrement. Cependant, il s'agissait de déterminer non pas si ces dispositions étaient valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles avaient pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Le quatuor d'arrêts (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) ne signifie pas uniquement qu'il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces, mais il s'en dégage plutôt une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Les propositions suivantes se dégagent du quatuor:

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la *Loi sur la faillite*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *Loi sur la faillite*;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Les cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir, mais à deux différences fondamentales près. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant le caractère véritable de la loi attaquée, alors que les cinquième et sixième propositions continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée. Aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Deuxièmement, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

Si les paragraphes 133(1) et 133(3) sont appliqués ensemble, l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ et que la Commission n'est pas libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse. En réalité, il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire.

Même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes (celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question), il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur.

L'application conjuguée des par. 133(1) et 133(3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission de la Saskatchewan contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

Le législateur fédéral a reconnu que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli» (par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*). Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien qu'on permette que la compensation autorise la partie qui l'invoque à être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite.

L'application de l'art. 133 a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif. Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le

par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur fédéral a expressément indiqué, à l'al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et 133(3) de *The Workers' Compensation Act* de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l'actif du failli qu'elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit.

Le paragraphe 133(4), qui prévoit que «[l]a Commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant», a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

L'article 133 est inapplicable, plutôt qu'inopérant, en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive et du fait que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a un conflit entre les deux et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité -- l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle -- la loi provinciale doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

En cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, auquel cas la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a une compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a une incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite. Il existe, en l'espèce, une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et 133(3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire.

Puisque, tel qu'exposé, l'art. 133 ne s'applique pas en matière de faillite, il n'est pas nécessaire de répondre à un certain nombre de questions de fait préliminaires.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Les paragraphes 133(1) et (3) sont dissociables et devraient être examinés séparément. Les deux sont valides même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli.

La règle de la prépondérance, qui s'applique lorsqu'il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a un conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement. En appliquant la règle de la prépondérance, les tribunaux devraient faire preuve de retenue et chercher la coexistence plutôt que des conflits.

Un examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail n'a donné aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite.

Le quatuor d'arrêts portant sur la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la Loi (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville (Re Bourgault)*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1

R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) devrait recevoir une interprétation restrictive. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. L'interprétation large, selon laquelle une province se trouverait à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*.

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie et son contenu précis peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. Ils doivent démontrer que l'art. 133 modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli, en créant directement des droits sur ces biens.

Le paragraphe 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission. Le paragraphe 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois. Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'article 136 vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïncident et se complètent, et ne s'excluent pas mutuellement.

Le paragraphe 133(3) enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite que le par. (1), puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant. Il constitue le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli.

Le paragraphe 133(3) ne fait que déclarer deux réparations différentes qui existent en *equity*: la compensation et l'indemnisation. La compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent partie de son actif. Une demande d'indemnisation n'aurait qu'une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Ni l'une ni l'autre de ces réparations n'est invalide étant donné que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui prévoit que les règles de la compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, concilie l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. En l'absence du par. 133(3), une telle réclamation existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de dégager une autre personne de toute responsabilité.

La compensation, indépendamment du par. 133(3), découle aussi du lien contractuel. Les contrats obligent l'entrepreneur à «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs.

Le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, ne justifie pas de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession. La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée.

Bien que l'article 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, en ce qui les concerne, c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale.

Le paragraphe 133(1) est pleinement applicable dans le cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il s'applique

indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe 133(1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard, et le 133(1) n'était donc pas destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien qu'il se puisse que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne soient pas applicables indépendamment du par. 133(1), le par. 133(1) peut, quant à lui, s'appliquer indépendamment du par. 133(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Wedge (1992), 104 Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et 133(3) de *The Workers' Compensation Act* s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Robert G. Richards et Evan L. Bennett, pour l'appelante.

James S. Ehmann et Paul J. Harasen, pour l'intimée Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Gordon Berscheid*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

Brian J. Scherman, pour l'intimée la Banque de Montréal.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cedric L. Haines, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elizabeth Kosmidis*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gerald W. Massing*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Douglas R. Mah*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Bruce L. Willis, c.r.*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon.

Procureurs de l'appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intimée Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur des intimées Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée la Banque de Montréal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Procureurs des intimés Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki et Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Procureurs de l'intimée SBW--Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Procureurs de l'intimée Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Procureurs de l'intimée Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée Deloitte & Touche Inc, syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario: Commission des accidents du travail de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique, Richmond.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta: Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

Kwong Hung Chan v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(B.C.)(23813)

Indexed as: Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) /

Répertorié: Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

Immigration -- Convention refugee -- Well-founded fear of persecution because of membership in particular social group or political opinion -- Likelihood of forced sterilization following breach of China's one-child policy -- Confession as to involvement in pro-democracy movement -- Whether or not appellant had well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion -- Whether or not sterilization a form of "persecution" within the meaning of s. 2(1)(a) of the Immigration Act -- Whether or not persons facing forced sterilization members of a "particular social group" -- Whether or not persons refusing forced sterilization expressing a "political opinion" -- Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1), "Convention refugee" (a)(i), (ii), (b), 3(g), 19(c).

Appellant sought Convention Refugee status because of his fear of being forcibly sterilized for a violation of China's one-child birth control laws. To be classified a Convention Refugee, the appellant had to establish that he had a well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion. He had been visited at his restaurant on a number of occasions by the Public Security Bureau (PSB) because of alleged involvement in the pro-democracy movement and had signed a confession to this effect in July 1989. He had been visited at home on five occasions by the PSB following the discovery of the second child in April 1990 and his wife lost her job because of the breach. To end these PSB visits appellant submitted a written undertaking to undergo sterilization within three months. He then fled China. Appellant alleged a fear of persecution by being forced to undergo sterilization. He testified that since leaving, his family had suffered harassment from the PSB and that, if returned to China, he might face arrest, imprisonment, long-term unemployment or even murder. The Immigration and Refugee Board found that the appellant was not a Convention refugee. It held that forced sterilization did not constitute a form of persecution, so made no finding as to whether the appellant had a well-founded fear of forced sterilization. The Federal Court of Appeal upheld the Board's decision. The issues to be considered here included: (1) whether forced sterilization is a form of "persecution" within the meaning of os. 2(1)(a) of the *Immigration Act*; (2) whether persons facing forced sterilization are members of a "particular social group"; (3) whether those refusing forced sterilization are expressing a "political opinion"; and (4) whether, assuming persons who have a well-founded fear of sterilization for violating China's one-child policy are eligible to be considered Convention refugees, the appellant has a well-founded fear of forced sterilization or of other persecution.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and **Major JJ.**: A person facing forced sterilization was assumed (without its being decided) to be a member of a particular social group. The claimant, to establish a well-founded fear of sterilization, must demonstrate subjective fear persecution and establish that this fear is well-founded in the objective sense, both on a balance of probabilities.

A refugee claimant must establish to the Board's satisfaction that the alleged fear exists in his or her mind in order to meet the subjective aspect of the test for a well-founded fear of persecution. Normally the claimant's evidence will be sufficient to meet the subjective aspect of the test where the claimant is found to be credible witness and his or her testimony is consistent. Here, appellant's testimony, even with respect to his own fear of forced sterilization, was equivocal and inconsistent at times.

The appellant did not meet the burden of proof on the objective aspect of the test. Evidence with respect to the enforcement procedures used within a claimant's particular region at the relevant time was not presented to the Board. Such evidence, if not available in documentary form, can be established through testimony with respect to similarly situated individuals. Appellant provided neither. Nor did he produce any evidence that the forced sterilization is inflicted upon men in his area. In fact, the documentary evidence produced by the appellant strongly suggested that penalties for breach of the one-child policy only applied against women. Then, too, the local authorities had taken no action to enforce appellant's signed consent to sterilization even though more than a year had lapsed and the fine levied for the breach of the birth control laws had still not been paid and, indeed, had been reduced. Absent any evidence to establish that his alleged fear of forced sterilization was objectively well-founded, the Board was unable to determine that the appellant had a well-founded fear of persecution in the form of a forced sterilization. The issue of whether or not the forced sterilization was related to the appellant's alleged involvement with the pro-democracy movement was not raised by the appellant at the Board level or on appeal and was not before this Court.

Per **La Forest**, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The Court could not safely decide whether or not there was evidence on which the Board could conclude that the appellant was a member of a particular group. The matter

should be remitted back to the Board to be decided in accordance with the United Nations High Commissioner for Refugees *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Using these guidelines for establishing the facts of a given case, a determination could be made as to whether a Convention claimant was entitled to any benefit of the doubt regarding his story.

Here, the appellant's account of events so closely mirrors the known facts concerning the implementation of China's population policy that, given the absence of any negative finding as to the credibility of the appellant or of his evidence, his quite plausible account is entitled to the benefit of any doubt that may exist. Sections of his testimony should not be seized upon in isolation. Such a technique is antithetical to the guidelines of the UNHCR Handbook. In light of these explicit guidelines, Canada's refugee burden should not be thwarted by an unduly stringent application of exacting legal proof that fails to take account of the contextual obstacles customary to refugee hearings.

The implementation of China's one-child policy, through sterilization by local officials, can constitute a well-founded fear of persecution. The alleged persecution does not have to emanate from the state itself to trigger a Convention obligation. Serious human rights violations may well issue from non-state actors or from subordinate state authorities if the state is incapable or unwilling to protect its nationals from abuse. Determination of the precise degree of involvement by the Chinese government was neither necessary nor possible from the evidentiary record.

When the means employed place broadly protected and well understood basic human rights under international law, such as the security of the person, in jeopardy the boundary between acceptable means of achieving a legitimate policy and persecution is crossed. Canadian judicial bodies may at that juncture pronounce on the validity of the means by which a social policy may be implemented in an individual case by either granting or denying Convention refugee status, assuming of course that the claimant's credibility is not in question and that his or her account conforms with generally known facts.

Basic human rights transcend subjective and parochial perspectives and extend beyond national boundaries. Recourse can be had to the municipal law of the admitting nation, nevertheless, because that law may well animate a consideration of whether the alleged feared conduct fundamentally violates basic human rights. Forced sterilization constitutes a gross infringement of the security of the person and readily qualifies as the type of fundamental violation of basic human rights that constitutes persecution. Notwithstanding the technique, forced sterilization is in essence an inhuman, degrading and irreversible treatment.

A well-founded fear must be evaluated both subjectively and objectively. The fact that the appellant did not specifically invoke the term "fear of persecution" or equivalent words to that effect was of no particular import. The testimony of his harassment, together with his flight from China, directs a finding that he had an implicit well-founded fear of persecution. The generally known facts establish the existence of objective grounds for appellant's fearing forced sterilization. This was an issue for consideration by the Board.

A refugee alleging membership in a particular social group does not have to be in voluntary association with other persons similar to him- or herself. Rather, he or she must be voluntarily associated with a particular status for reasons so fundamental to that person's human dignity that he or she should not be forced to forsake that association. The association or group exists by virtue of a common attempt made by its members to exercise a fundamental human right. The right asserted can be categorized as the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children. This fundamental right has been recognized in international law. The possibility also exists that the appellant may have a well founded fear of persecution on the basis of a political opinion held by or imputed to him.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 675, 156 N.R. 279, 20 Imm. L.R. (2d) 181, dismissing an appeal from a judgment of the Immigration and Refugee Board (Refugee Division). Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Rod Holloway and Jennifer Chow, for the appellant.

Gerald Donegan, for the respondent.

Brian A. Crane, Q.C., and Howard Eddy, for the intervener Immigration and Refugee Board.

Ronald Shacter, for the intervener Canadian Council of Refugees.

Solicitor for the appellant: Legal Services Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener Immigration and Refugee Board: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener Canadian Council for Refugees: Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

Immigration -- Réfugié au sens de la Convention -- Crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social ou des opinions politiques -- Risque probable de stérilisation forcée par suite de la violation de la politique chinoise de l'enfant unique -- Confession concernant la participation au mouvement pro-démocratique -- L'appelant craint-il avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques? -- La stérilisation est-elle une forme de «persécution» au sens de l'al. 2(1)a) de la Loi sur l'immigration? -- Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? -- Les personnes qui refusent de subir la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? -- Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention», a)(i), (ii), b), 3g), 19c).

L'appelant a demandé le statut de réfugié au sens de la Convention en raison de sa crainte d'être stérilisé de force pour avoir violé la politique chinoise de l'enfant unique. Pour être considéré comme un réfugié au sens de la Convention, l'appelant devait établir qu'il craignait avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques. Les agents du bureau de la sécurité publique (BSP) avaient effectué de nombreuses visites au restaurant de l'appelant en raison de la présumée participation de ce dernier au mouvement pro-démocratique et de la confession qu'il avait signée à cet égard en juillet 1989. Le BSP s'était rendu au domicile de l'appelant à cinq reprises à la suite de la découverte de la naissance du deuxième enfant en avril 1990; son épouse a d'ailleurs perdu son emploi en raison de cette violation de la politique de l'enfant unique. Pour mettre fin aux visites du BSP, l'appelant s'est engagé par écrit à subir la stérilisation dans un délai de mois. Il a ensuite fui la Chine. L'appelant a dit craindre d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. Il a témoigné que, depuis son départ de la Chine, sa famille a été harcelée par le BSP et que, s'il retournait en RPC, il risquait d'être arrêté, d'être emprisonné, de rester en chômage prolongé et même d'être assassiné. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Comme la Commission a décidé que la stérilisation forcée n'était pas une forme de persécution, elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'appelant craignait avec raison d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission. Voici les questions qui se posent en l'espèce: (1) La stérilisation forcée est-elle une forme de «persécution» au sens de l'al. 2(1)a) de la *Loi sur l'immigration*? (2) Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? (3) Les personnes qui refusent la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? (4) À supposer que les personnes qui craignent avec raison d'être stérilisées pour avoir violé la politique chinoise de l'enfant unique soient admissibles au statut de réfugié au sens de la Convention, l'appelant est-il fondé de craindre d'être stérilisé de force ou de subir d'autres persécutions?

Arrêt (Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et **Major**: Il a été tenu pour acquis (sans en décider) qu'une personne qui risque d'être stérilisée de force est membre d'un groupe social. Pour établir qu'il craint avec raison d'être stérilisé, le demandeur doit établir l'existence d'une crainte subjective de persécution ainsi que le fondement objectif de cette crainte, dans les deux cas selon la prépondérance des probabilités.

Pour satisfaire à l'élément subjectif du critère servant à déterminer si la crainte de persécution est fondée, le demandeur doit convaincre la Commission que la crainte qu'il allègue existe dans son esprit. Normalement, lorsque le demandeur est jugé être un témoin crédible et qu'il dépose de façon cohérente, son témoignage sera suffisant pour satisfaire à l'élément subjectif du critère. En l'espèce, le témoignage de l'appelant, quand il porte sur sa propre crainte d'être stérilisé de force, est parfois équivoque et incohérent.

L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait en ce qui concerne l'élément objectif du critère. Il n'a été présenté à la Commission aucune preuve concernant les méthodes visant à faire respecter la politique qui étaient appliquées dans la région du demandeur, pendant la période en cause. Lorsqu'une telle preuve n'est pas disponible sous forme documentaire, le demandeur peut faire état, dans son témoignage, de personnes qui se trouvent dans une situation analogue à la sienne. En l'espèce, l'appelant n'a fourni ni l'une ni l'autre de ces preuves. De plus, il n'a produit aucun élément de preuve visant à établir que la stérilisation forcée est infligée aux hommes dans sa région. En fait, la preuve documentaire qu'il a déposée tendait fortement à indiquer que les peines pour violation de la politique de l'enfant unique étaient appliquées principalement aux femmes. Plus d'un an après la signature par l'appelant de la formule de consentement à la stérilisation, les autorités locales n'avaient toujours pris aucune mesure pour faire exécuter ce consentement, et l'amende qui avait été infligée pour la violation de la politique démographique n'avait pas encore été payée et, de fait, avait été réduite. L'appelant n'ayant produit aucun élément de preuve visant à établir que sa crainte d'être stérilisé de force avait un fondement objectif, la Commission n'était pas en mesure de statuer que l'appelant craignait avec raison d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. La question de savoir s'il existait un lien entre la stérilisation forcée et la présumée participation de l'appelant au mouvement

pro-démocratique n'a pas été soulevée par ce dernier devant la Commission ou en appel, et la Cour n'en était pas saisie.

Les juges **La Forest**, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Il serait hasardeux pour la Cour de décider s'il y avait des éléments de preuve permettant à la Commission de conclure que l'appelant appartenait à un groupe. L'affaire devrait être renvoyée à la Commission, qui en décidera conformément au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Il était possible, à partir des lignes directrices relatives à l'établissement des faits, de déterminer s'il fallait accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention le bénéfice du doute relativement à sa version des faits.

En l'espèce, la version des faits donnée par l'appelant concorde de façon si étroite avec les faits notoires relatifs à la mise en oeuvre de la politique démographique de la Chine que, vu l'absence de conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'appelant ou de la preuve qu'il a présentée, il y a lieu d'accorder à sa version des faits -- par ailleurs tout à fait plausible -- le bénéfice de tout doute qui pourrait exister. Il ne faut pas considérer isolément des passages du témoignage de l'appelant. Une telle méthode est contraire aux lignes directrices du Guide du HCNUR. Vu ces lignes directrices explicites, il ne faut pas gêner le respect de la responsabilité du Canada envers les réfugiés par une application excessivement stricte de règles de preuve exigeantes, ne tenant pas compte des obstacles contextuels propres à l'audition des revendications du statut de réfugié.

La mise en oeuvre de la politique chinoise de l'enfant unique, par les mesures de stérilisation imposées par les fonctionnaires locaux, peut amener une personne à craindre avec raison d'être persécutée. Il n'est pas nécessaire que la persécution alléguée émane de l'État pour donner ouverture à l'application d'une obligation prévue par la Convention. Il est fort possible que des violations graves des droits de la personne soient commises par des acteurs non étatiques ou des autorités gouvernementales de rang inférieur, si l'État en cause ne peut pas ou ne veut pas protéger ses citoyens contre ces abus. Il n'est ni nécessaire ni possible, à partir de la preuve disponible, de déterminer avec précision le degré de participation du gouvernement chinois.

Lorsque les moyens utilisés ont pour effet de mettre en péril des droits fondamentaux de la personne -- tel le droit de chacun à la sécurité de sa personne -- qui, en vertu du droit international, sont bien définis et jouissent d'une protection considérable, la ligne qui sépare la persécution et les moyens acceptables pour exécuter une politique légitime a alors été franchie. C'est à ce moment que les tribunaux canadiens peuvent, dans un cas donné, se prononcer sur la validité des moyens de mise en oeuvre d'une politique sociale, et ce en accordant ou en refusant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention, à supposer bien entendu que la crédibilité du demandeur ne soit pas en cause et que sa version des faits concorde avec les faits notoires.

Les droits fondamentaux de la personne transcendent les perspectives subjectives et chauvines, et ils s'appliquent au-delà des frontières nationales. On peut néanmoins faire appel au droit interne du pays d'admission, car ce droit pourrait bien inciter à l'examen de la question de savoir si la conduite appréhendée viole de façon cruciale des droits fondamentaux de la personne. La stérilisation forcée constitue une grave atteinte au droit d'un individu à la sécurité de sa personne et pourrait facilement être qualifiée de violation majeure des droits fondamentaux de la personne, du type de celles qui constituent de la persécution. Quelle que soit la technique utilisée, il est incontestable que la stérilisation forcée est essentiellement un traitement inhumain, dégradant et irréversible.

Il faut se demander, à la fois sur le plan subjectif et sur le plan objectif, si le demandeur craint avec raison d'être persécuté. Le fait que l'appelant n'a pas spécifiquement employé l'expression «craint d'être persécuté» ou des mots équivalents ne revêt pas d'importance particulière. Le témoignage de l'appelant concernant le harcèlement, conjugué à son départ subséquent de la Chine, porte à conclure que l'appelant éprouvait une crainte implicite d'être persécuté. Les faits notoires établissent l'existence de raisons objectives justifiant l'appelant de craindre d'être forcé de se faire stériliser. Il s'agit d'une question qui devait être examinée par la Commission.

Le demandeur qui dit appartenir à un groupe social n'a pas besoin d'être associé volontairement avec d'autres personnes semblables à lui. Il doit plutôt être volontairement associé de par un statut particulier, pour des raisons si essentielles à sa dignité humaine, qu'il ne devrait pas être contraint de renoncer à cette association. L'association ou le groupe existe parce que ses membres ont tenté, ensemble, d'exercer un droit fondamental de la personne. Le droit revendiqué peut être qualifié de droit fondamental de tous les couples et individus de décider librement et en toute connaissance du moment où ils auront des enfants, du nombre d'enfants qu'ils auront et de l'espacement des naissances. Ce droit fondamental a été reconnu en droit international. Il est par ailleurs possible que l'appelant craigne avec raison d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'il a ou qu'on lui impute.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 675, 156 N.R. 279, 20 Imm. L.R. (2d) 181, qui a rejeté l'appel formé contre une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié). Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Rod Holloway et Jennifer Chow, pour l'appelant.

Gerald Donegan, pour l'intimé.

Brian A. Crane, c.r., et *Howard Eddy*, pour l'intervenante la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Ronald Shacter, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Procureur de l'appelant: Legal Services Society, Vancouver.

Procureur de l'intimé: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission de l'immigration et du statut de réfugié: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Kobe ter Neuzen v. Dr. Gerald Korn (B.C.)(23773)

Indexed as: *ter Neuzen v. Korn* / Répertoire: *ter Neuzen c. Korn*

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: La Forest,

L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

Torts -- Negligence -- Physicians and surgeons -- Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor -- Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice -- Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

Contracts -- Sale of goods -- Implied conditions -- Implied warranty -- Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor -- Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable -- Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose -- Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Damages -- Non-pecuniary damages -- Limit -- Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor -- Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages -- If not, whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

The appellant participated in the respondent obstetrician and gynaecologist's artificial insemination ("AI") program from 1981 until January 1985, and became infected by HIV as a result of the final AI procedure she underwent. The respondent had not warned her of the risk of HIV infection. The first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986. As of January 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985. There was expert evidence at trial that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice. The trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, they could find that the approved practice itself was negligent. With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to determine first whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* with its implied conditions applied. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty of fitness and merchantability at common law, but that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. The jury held that the contract between the parties was primarily one for services and therefore the *Sale of Goods Act* did not apply. They found the respondent negligent, however, and awarded damages totalling \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial on the issue of liability as well as damages. With respect to the negligence claim, the court distinguished between two aspects of the respondent's practice: the conduct of the AI procedure, which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure, and the screening and follow-up of donors. The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent negligent on the first or second aspects of his practice. On the evidence, it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. The trial judge charged the jury in this manner, however, and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. The court also concluded that while it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on the rough upper limit for non-pecuniary damages when neither counsel had asked for such a charge, the award must be corrected to conform with the jurisprudence if the damages exceed the limit.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. The conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence. It was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. While conformity with common practice will generally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is fraught with obvious risks such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise. The question as to

whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. The first aspect of the negligence claim was not one that the jury could decide without the aid of expert evidence. Accordingly, the trial judge erred in inviting them to do so.

With respect to the second aspect of the negligence claim, infection with HIV is within the same class of injury as other sexually transmitted diseases and the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. The evidence as to standard practice with respect to the screening and follow-up of donors was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. The jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence.

The Information Sheet provided by the respondent did not amount to a warranty that the donor would not be homosexual or a drug abuser. There is no indication that there was any intention on the part of either party that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. Moreover, it appears that the appellant did not raise this issue in either court below.

In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must be primarily for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. Assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent, it cannot be contended that the contract was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*. Apart from the Act, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. Courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms. A rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed. While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negligence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. The doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. It would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. Moreover, any warranty would simply be to take reasonable care.

While the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy, and AIDS is a dreadful disease which will eventually take her life prematurely, with respect to non-pecuniary losses this case is no different from other tragedies and the adjusted rough upper limit on non-pecuniary damages should accordingly apply. The trial judge should instruct the jury as to an upper limit if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit the trial judge should reduce it to conform with the "cap" established, adjusted for inflation. In the present case it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit, but since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded that limit, he ought to have reassessed the award.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with, except with respect to the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages. The determination of the quantum of damages should be left to the jury without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards. It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. It is well established that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge. The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way in which they are determined. The existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit. By so instructing the jury, the status quo in novel areas of the law would be institutionalized. There is no evidence as to the inadequacy of the present system. Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury, given that, when it comes to damages, no figure will ever be "right".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, setting aside the jury's verdict,

which found the respondent negligent and awarded damages to the appellant, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Sandra J. Harper and Kathleen Birney, for the appellant.

Christopher E. Kinkson, Q.C., and M. Lynn McBride, for the respondent.

Written submissions only by *Kenneth Arenson, for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.*

Written submissions only by *Daniel A. Webster, Q.C., for the intervener the Canadian Hospital Association.*

Written submissions only by *Peter K. Boeckle and Anil Vanna, for the intervener the Canadian Red Cross Society.*

Solicitors for the appellant: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Solicitors for the respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitor for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Hospital Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Red Cross Society: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

Responsabilité délictuelle -- Négligence -- Médecins et chirurgiens -- Patiente soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur -- Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? -- Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

Contrats -- Vente d'objets -- Conditions implicites -- Garantie implicite -- Patiente soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur -- Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? -- Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? -- Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Domages-intérêts -- Domages-intérêts non pécuniaires -- Plafond -- Patiente soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur -- Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? -- Dans la négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?

L'appelante a participé au programme d'insémination artificielle («IA») de l'intimé, obstétricien gynécologue, de 1981 au mois de janvier 1985, et a été infectée par le VIH par suite de la dernière IA à laquelle elle s'est soumise. L'intimé n'avait pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH. Le premier cas documenté, dans le monde entier, de transmission du VIH par insémination artificielle a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA. Au Canada, en janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985. Selon les témoignages d'experts au procès, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. Le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce qu'il avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subsidiairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence. Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* et ses conditions implicites s'appliquaient. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait en common law une garantie de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, mais que la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Le jury a conclu que c'était

principalement un contrat de services et, en conséquence, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. Toutefois, il a conclu à la négligence de l'intimé et a accordé des dommages-intérêts de 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts. Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la cour a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé: la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque de transmission du VIH par cet acte médical, et la sélection et le suivi des donneurs. La cour a statué qu'il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La cour a également conclu que, bien qu'il ait été raisonnable que le juge de première instance ne donne pas de directive au jury relativement au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires, puisqu'aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner, il y avait lieu d'ajuster le montant accordé selon les principes énoncés dans la jurisprudence, s'il excédait le plafond.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, **Sopinka**, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. La conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure qu'en 1985 l'intimé aurait dû connaître le risque de transmission du VIH par l'IA. Si la conformité à la pratique courante exonère généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de nombreux risques évidents, c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien. La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Le premier aspect de la prétention relative à la négligence n'était pas une question que le jury pouvait trancher sans l'aide de témoignages d'experts. Le juge de première instance a donc commis une erreur en l'invitant à trancher cette question.

Quant au second aspect de la prétention relative à la négligence, l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres maladies transmises sexuellement et l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. La preuve relative à la pratique courante quant à la sélection et au suivi des donneurs était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts.

La fiche de renseignements remise par l'intimé ne constituait pas une garantie que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. De plus, il appert que l'appelante n'a soulevé la question devant ni l'une ni l'autre des juridictions inférieures.

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. À supposer qu'il y ait effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé, on ne saurait prétendre qu'il s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable. Sans égard à la cette loi, le tribunal doit décider si une garantie d'adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l'intention des parties. Les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l'existence de conditions implicites. L'une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of Goods Act* en invoquant les conditions imposées par cette loi. Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte

des soins médicaux et dans celui du commerce. Le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. Étant donné les circonstances de la présente espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. De plus, toute garantie se résumerait à une simple garantie de prudence raisonnable.

L'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie et le sida est une maladie terrible qui provoquera sa mort prématurée. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, l'espèce n'est pas différente d'autres tragédies et le plafond approximatif ajusté des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce. Le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi, ajusté en fonction de l'inflation. En l'espèce, il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, il aurait dû réévaluer l'indemnité.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires. La tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts devrait être laissée au jury, sans que lui soit donnée de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs. On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. Il est bien établi que le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge. L'établissement d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. L'existence d'une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s'abstienne d'en faire mention au jury. Donner des instructions au jury relativement à cette question, c'est institutionnaliser le statu quo dans ce nouveau domaine du droit. Il n'y a aucune preuve établissant que le présent système est inapproprié. Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury, étant donné qu'en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, qui a annulé le verdict du jury, qui avait conclu à la négligence de l'intimé et accordé des dommages-intérêts à l'appelante, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Sandra J. Harper et Kathleen Birney, pour l'appelante.

Christopher E. Kinkson, c.r., et M. Lynn McBride, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Kenneth Arenson*, pour les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Argumentation écrite seulement par *Daniel A. Webster, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Peter K. Boeckle et Anil Vanna*, pour l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge.

Procureurs de l'appelante: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs des intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Corporation of the City of Stratford, et al v. Albert Large, et al (Ont.)(24004)
Indexed as: *Large v. Stratford (City) / Répertoire: Large c. Stratford (Ville)*
Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Civil rights -- Discrimination on basis of age -- Mandatory retirement -- Police officer -- Defence of bona fide occupational requirement -- Board of Inquiry finding that mandatory retirement at age 60 for police officers not a bona fide occupational requirement -- Whether Board properly applied subjective and objective tests for a bona fide occupational requirement -- Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(6).

A police officer who was obliged to retire at age 60 filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission alleging that the age 60 mandatory retirement contravened the 1980 *Ontario Human Rights Code* on the grounds of age discrimination. The mandatory retirement policy had been adopted, and later included in the collective agreement, in response to the demands of the police union. The Board of Inquiry held that the age 60 mandatory retirement for police officers was not justified as a *bona fide* occupational requirement ("BFOR") under the Code. The Board found that neither the subjective nor the objective test for a BFOR had been satisfied. With respect to the subjective test, the Board concluded that while the policy was not adopted for any ulterior purpose, it was not established that, at the time of its adoption, the employer had a sincerely held belief that the policy was imposed in the interests of the adequate performance of the work. Applying the objective test, the Board concluded that the policy was not reasonable, stating that while the scientific evidence relating to the risk of cardiovascular disease and lack of aerobic capacity supported the reasonableness of the rule, the risk could be avoided by individual accommodation in the form of adjustments to the work of those in the risk category. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld the Board's decision.

Held: The appeal should be allowed. The mandatory retirement policy is justified as a BFOR.

Per Lamer C.J. and La Forest, **Sopinka**, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The purpose of the subjective element for a BFOR is to ensure that a discriminatory rule was adopted for a valid reason, as an occupational requirement, and not for a prohibited, discriminatory reason. Usually, this goal will be realized and the subjective element established by evidence that the employer honestly believed that the qualification or requirement was necessary for the safe and/or effective carrying out of the work. In this case, in insisting on evidence as to the employer's state of mind, the Board and the courts below applied the subjective test too rigidly against the employer. In some circumstances, the subjective element can be satisfied when, in addition to satisfying the objective test, the employer establishes that the rule or policy was adopted in good faith for a valid reason and without any ulterior purpose that would be contrary to the goals of the *Ontario Human Rights Code*. Thus, in a case in which the work-related requirement is the result of a union-driven term in a collective agreement, if both parties acted in good faith and arrived at an agreement that is shown to be reasonably necessary so as to satisfy the objective test, an employer can satisfy the subjective element without proof of a sincerely held belief in the necessity of the requirement. In such a case, however, the term in the collective agreement must not have been adopted for an ulterior or discriminatory purpose by the union. Here, the Board found that the employer acted honestly and without an ulterior motive in entering into the collective agreement. Since there is no suggestion that either the employer or the union was motivated by any ulterior motive, the purpose of the subjective test is satisfied.

With respect to the objective test, it is an error to equate individual accommodation with the requirement relating to reasonable alternatives. The latter is fundamental to the concept of a BFOR defence. Justification of a general rule that treats all employees as having the same characteristics, notwithstanding that some will not, is dependent on proof that it was not practical to identify and exempt from the general rule those who lacked the requisite characteristics. Since the Board found that individual testing was not feasible, the employer had discharged the obligation of showing that individual assessment was impractical and, therefore, a general rule was necessary. The alternative of individual accommodation is an impermissible extension of the principles in *Bhinder, Saskatoon* and *Alberta Dairy Pool* and is inconsistent with the concept of a BFOR defence as explained in those cases. It is an alternative that requires that the circumstances of each employee to whom the rationale of the rule applies be examined and that each employee's duties be adjusted so as to render the rule unnecessary. This alternative does not respond to the question as to why a general rule which includes some who do not share the common characteristics was necessary. There was a preponderance of evidence in this case to support a finding that the combination of the risk of cardiovascular disease and the decline of aerobic capacity discharged the employer's obligation with respect to the objective element of the BFOR. Subject to the influence of the concept of individual accommodation, the Board's reasons should be interpreted as having made this finding.

Both the subjective and the objective elements of a BFOR defence having been established, the appellants are entitled to a dismissal of the complaint.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The Board did not import elements of the objective test into the subjective test. The Board was not interested in whether the appellants' reason for implementing the retirement policy was rational *per se*. Its concerns were whether there was any evidence of a "sincerely held belief" that the retirement policy was necessary in the interest of the adequate performance of police force work. Such a determination was clearly envisaged as a legitimate component of the subjective test.

Where a policy has been adopted as part of the collective bargaining process, in response to demands by the employees, it is the "sincerely held belief" of the employees that the policy was necessary which is more relevant to the subjective test. The employer often will not have a "sincerely held belief" that the policy is needed, other than a belief that it is needed to satisfy the union. However, the absence of improper motives on the part of employees and management cannot alone be sufficient to meet the subjective test. A general occupational requirement cannot be considered to be *bona fide*, within the meaning of human rights legislation, if it was adopted blindly or without due regard for the individual rights of the persons affected. Therefore, where a general occupational requirement is adopted at the behest of employees, such requirement satisfies the subjective test if (1) there is no evidence of ulterior or discriminatory motive on the part of the employees in demanding the requirement; (2) the employees turned their minds to the question of whether the requirement was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and possessed a "sincerely held belief" in its necessity; and (3) the employer turned its mind to the question of whether the requirement was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and did not have an ulterior or discriminatory motive in acquiescing in the employees' demand. Had the Board applied the correct principles of law in this case, the impugned provision would satisfy the subjective test.

The objective test is also satisfied. While the possibility of accommodation is not relevant once a BFOR is established, it is relevant to the determination of whether a rule constitutes a BFOR. In this case, however, it was not demonstrated that accommodation would have been possible. Moreover, sufficient evidence was presented to justify the mandatory retirement provisions as reasonable in light of the duties performed by police officers.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 16 O.R. (3d) 385, 68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195, dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Divisional Court (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17, 43 C.C.E.L. 272, which dismissed the appellants' appeal from a decision of a board of inquiry under the *Ontario Human Rights Code* (1990), 14 C.H.R.R. D/138. Appeal allowed.

John W. T. Judson and Sandra L. Coleman, for the appellants.

Kim Twohig and Elaine Atkinson, for the respondent the Ontario Human Rights Commission.

Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.

Solicitor for the respondent the Ontario Human Rights Commission: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major

Libertés publiques -- Discrimination fondée sur l'âge -- Retraite obligatoire -- Policier -- Défense fondée sur une exigence professionnelle normale -- Conclusion de la commission d'enquête que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers ne constitue pas une exigence professionnelle normale -- La commission d'enquête a-t-elle appliqué correctement les critères subjectif et objectif relatifs à une exigence professionnelle normale? -- Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(6).

Un policier mis à la retraite à 60 ans a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, alléguant que la retraite obligatoire à 60 ans contrevenait au *Code ontarien des droits de la personne* de 1980 pour motif de discrimination fondée sur l'âge. La politique de retraite obligatoire avait été adoptée, et par la suite été insérée dans la convention collective, en réponse aux revendications du syndicat des policiers. La commission d'enquête a conclu que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers n'était pas justifiée à titre d'exigence professionnelle normale («EPN») au sens du Code. La commission a jugé qu'il n'avait été satisfait ni au critère subjectif ni au critère objectif de l'EPN. En ce qui concerne l'élément subjectif, la commission a conclu que, si la politique n'a pas été adoptée pour quelque motif inavoué, il n'a pas été établi que, au moment où elle a été adoptée, l'employeur avait la conviction sincère que la politique était imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question. Quant au critère objectif, la commission a conclu que la politique n'était pas raisonnable, faisant remarquer que, si la preuve scientifique se rapportant au risque d'une maladie cardiovasculaire et d'un déclin de la capacité aérobie témoignait du caractère raisonnable de la règle, ce risque pouvait toutefois être évité au moyen d'un

accommodement individuel prenant la forme d'un remaniement des fonctions de ceux qui appartenaient au groupe à risque. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont toutes deux confirmé la décision de la commission d'enquête.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La politique de retraite obligatoire est justifiée à titre d'EPN.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'élément subjectif du critère relatif à l'EPN vise à garantir que l'adoption d'une règle discriminatoire repose sur une raison valide, à titre d'exigence professionnelle, et non pas sur une discrimination pour un motif illicite. En général, cet objectif sera atteint et l'élément subjectif établi si l'employeur prouve qu'il croyait sincèrement que l'exigence était nécessaire pour assurer l'exécution sûre ou l'exécution efficace du travail en question, ou les deux. En l'espèce, en insistant sur une preuve relative à l'état d'esprit de l'employeur, la commission d'enquête et les tribunaux d'instance inférieure ont privilégié une application trop rigide du critère subjectif contre l'employeur. Dans certaines circonstances, il peut être satisfait à l'élément subjectif lorsque, en plus de satisfaire au critère objectif, l'employeur établit que la règle ou la politique a été adoptée de bonne foi pour une raison valide et sans aucun motif inavoué qui soit contraire aux objectifs du *Code ontarien des droits de la personne*. Ainsi, lorsque l'exigence est le fruit d'une modalité amenée par le syndicat dans une convention collective, il devient possible pour un employeur de satisfaire à l'élément subjectif sans devoir établir qu'il avait la conviction sincère que l'exigence était nécessaire si les deux parties ont agi de bonne foi et en sont arrivées à une entente dont on démontre la nécessité raisonnable de façon à satisfaire au critère objectif. Dans un tel cas, toutefois, la clause de la convention collective ne doit pas avoir été adoptée par le syndicat pour un motif inavoué ou discriminatoire. En l'espèce, la commission a conclu que l'employeur a agi avec sincérité et sans motif inavoué en adhérant à la convention collective. Puisque rien ne donne à entendre que l'employeur ou le syndicat nourrissaient un motif inavoué, le but du critère subjectif est atteint.

En ce qui concerne le critère objectif, c'est une erreur que d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables. Cette dernière exigence est fondamentale au concept de la défense fondée sur l'EPN. La justification d'une règle générale qui traite tous les employés comme ayant les mêmes caractéristiques, en dépit du fait que certains ne les possèdent pas, dépend de la preuve qu'il n'était pas pratique d'identifier et d'exclure de l'application de la règle générale ceux qui n'avaient pas les caractéristiques requises. Puisque la commission d'enquête a conclu que les tests individuels étaient impossibles, l'employeur s'est acquitté de son obligation de démontrer que l'évaluation individuelle était impraticable et, partant, que l'adoption d'une règle générale était nécessaire. La solution qui consiste à tenir compte de la situation de chacun constitue un élargissement inadmissible des principes énoncés dans les arrêts *Bhinder*, *Saskatoon* et *Alberta Dairy Pool*, et elle n'est pas compatible avec le concept de la défense fondée sur l'EPN tel qu'il a été expliqué dans ces arrêts. Il s'agit d'une solution qui requiert que soit examinée la situation de chaque employé concerné par le principe qui sous-tend la règle et que soient remaniées les fonctions de chaque employé de façon à rendre la règle inutile. Ce n'est pas une solution qui répond à la question de savoir pourquoi il était nécessaire d'adopter une règle générale qui englobe des personnes ne partageant pas les caractéristiques communes. Suivant la prépondérance de la preuve, il est permis de conclure que la combinaison du risque d'une maladie cardiovasculaire et du déclin de la capacité aérobie a libéré l'employeur de son obligation relativement au volet objectif du critère de l'EPN. Sous réserve de l'influence du concept de l'accommodement individuel, on doit déduire des motifs de la commission d'enquête que cette dernière a tiré cette conclusion.

L'élément subjectif et l'élément objectif d'une défense fondée sur l'EPN ayant tous deux été établis, les appelants ont droit au rejet de la plainte.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La commission d'enquête n'a pas incorporé dans le critère subjectif des éléments du critère objectif. La commission ne se préoccupait pas réellement de savoir si la raison des appelants pour mettre en oeuvre la politique de retraite était rationnelle en soi. Elle cherchait à savoir s'il y avait une preuve d'une «conviction sincère» que la politique de retraite était nécessaire pour assurer l'exécution satisfaisante du travail de la police. Une telle détermination a clairement été considérée comme un élément légitime du critère subjectif.

Lorsqu'il s'agit d'une politique adoptée en réponse aux revendications des employés dans le cadre du processus de négociation collective, c'est la «conviction sincère» des employés que la politique était nécessaire qui est davantage pertinente quant au critère subjectif. Il arrive fréquemment que l'employeur n'ait pas la «conviction sincère» que la politique est nécessaire, si ce n'est une conviction qu'elle est nécessaire pour satisfaire le syndicat. Cependant, l'absence de motifs illégitimes de la part des employés et de la direction ne peut à elle seule être suffisante pour satisfaire au critère subjectif. L'on ne peut tenir l'exigence professionnelle générale pour normale au sens des lois sur les droits de la personne si elle a été adoptée aveuglément ou sans égard pour les droits individuels des personnes touchées. Il s'ensuit que l'exigence professionnelle générale adoptée à la demande des employés satisfait au critère subjectif si: (1) il n'y a pas de preuve que les employés demandent l'exigence pour un motif inavoué ou discriminatoire; (2) les employés se sont demandés si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et ont la «conviction sincère» de sa nécessité, et (3) l'employeur s'est demandé si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et il n'a pas acquiescé à la revendication des employés pour

un motif inavoué ou discriminatoire. Si la commission d'enquête avait appliqué en l'espèce les principes de droit pertinents, la disposition contestée aurait satisfait au critère subjectif.

Il est également satisfait au critère objectif. Si la possibilité d'un accommodement n'est pas pertinente une fois démontrée l'existence d'une EPN, en revanche, elle peut jouer un rôle pour déterminer si une règle constitue une EPN. En l'espèce, toutefois, on n'a pas démontré qu'un accommodement aurait été possible. En outre, on a présenté une preuve permettant d'établir le caractère raisonnable des dispositions relatives à la retraite obligatoire étant donné les fonctions exécutées par les policiers.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 16 O.R. (3d) 385, 68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195, qui a rejeté l'appel des appelants contre une décision de la Cour divisionnaire (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17, 43 C.C.E.L. 272, qui avait rejeté l'appel des appelants contre la décision d'une commission d'enquête constituée en application du *Code ontarien des droits de la personne* (1990), 14 C.H.R.R. D/138. Pourvoi accueilli.

John W. T. Judson et Sandra L. Coleman, pour les appelants.

Kim Twohig et Elaine Atkinson, pour l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne.

Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.

Procureur de l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Heidi M. Harrer v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(24141)

Indexed as: **R. v. Harrer** / Répertoire: **R. c. Harrer**

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Applicability of Charter outside Canada's boundaries -- Trial fairness -- Exclusion of evidence -- Evidence obtained abroad according to foreign local law -- Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter -- Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible -- Whether principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2), 32.

The appellant was tried in Canada on the basis of statements she made to police in the United States. The statements were made in the course of an investigation to determine if the appellant was lawfully within the United States and to ascertain the circumstance of an alleged offence in the United States by the appellant's boy friend. During the course of the interrogation of the appellant, she was also questioned about her possible criminal involvement in Canada relating to the escape of her boy friend while he was being held for extradition to the United States. The trial judge excluded one of her statements on the ground that the police failed to give her a second right-to-counsel warning when their questioning changed focus from the immigration matter and the American offence to her possible involvement with the escape, which would have been required by the Canadian *Charter* if the interrogation had been conducted in Canada by Canadian police, but which was not required under U.S. law. The appellant was acquitted but the Court of Appeal found the exclusion of the statement to be an error and ordered a new trial. The appellant appealed. At issue was whether the failure of the United States police to comply with Canadian law makes the statement inadmissible in Canada. This issue raised two sub-issues: whether the *Charter* applies outside Canada's boundaries and whether the principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and **La Forest**, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The *Charter* had no direct application to the interrogations in the U.S. because the U.S. authorities were not acting on behalf of any Canadian government. An entirely different issue would have arisen had the interrogation about a Canadian offence been made by Canadian peace officers in the United States, or by U.S. authorities acting as agents of the Canadian police, in circumstances that would constitute a violation of the *Charter* had the interrogation taken place in Canada. Here, however, the application of the *Charter* could only be triggered when Canadian police began proceedings on the appellant's return to Canada. Absent a complaint against the Canadian police, the only ground available to the appellant was that the admission of the evidence would violate the appellant's liberty interests in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice (s. 7 of the *Charter*) or that its admission would violate the guarantee of a fair trial under s. 11(d).

The admission of the impugned evidence would not result in an unfair trial. Evidence cannot be assumed to be unfairly obtained or to be unfairly admitted because it was obtained in a manner that would violate a *Charter* guarantee in this country. Different balances may be struck in various countries between the interests of the state and of the individual, all of which *may be* fair. The accused is entitled to a fair hearing, not to the most favourable procedures imaginable.

The rule that the *Canadian* police give an accused a second warning when the interrogation changes focus is geared not only to the individual's rights in the specific case but also to ensuring the fairness of the system and general respect for its constitutional values in all cases. No such systemic concern existed with respect to police forces abroad. The only relevant concern was the fairness of the trial. This was to be determined on the specific circumstance in accordance with principles of Canadian law. The fact that the evidence was obtained lawfully in another country could be a factor in assessing fairness, but was by no means determinative. Here, the fact that no new warning was given when the interrogation moved to the more serious offence under Canadian law was not unfair in the circumstances of this case. The appellant knew and understood that she was in jeopardy in relation to the Canadian offence and there was no other evidence of unfairness.

Had the evidence been unfair, it could have been rejected without resort to s. 24 of the *Charter* on the basis of the trial judge's duty, constitutionalized by the s. 11(d) *Charter* right to a fair trial, to exercise his or her judicial discretion properly to exclude evidence that would result in an unfair trial. The same result could be reached under s. 7 because the admission of unfair evidence would violate the principles of fundamental justice.

Per **McLachlin** and Major JJ.: The s. 10(b) *Charter* right to counsel is given "on arrest or detention" and therefore pertains to the time of arrest or detention, and not to the time at which evidence is admitted at trial for

evaluation of the events occurring abroad. To hold that the American officers breached the appellant's *Charter* rights on arrest would be to apply the *Charter* outside the scope of s. 32. Whether the American officers were agents of the Canadian officers, and hence bound by the *Charter*, was largely a question of fact and therefore not properly before this Court.

Admission of the statement made without benefit of a second right-to-counsel warning does not violate the appellant's right to silence or the right against self-incrimination contrary to s. 7 of the *Charter*. The law accords suspects the right not to incriminate themselves if they so choose but does not require exclusion of voluntary self-incriminatory statements.

The failure of the foreign police to comply with the procedures required under the *Charter* in Canada did not so taint the evidence that its admission would result in an unfair trial. No unfairness resulted from the fact that the statement, taken in the U.S. in conformity with U.S. law, was admissible and yet, had it been taken in Canada in the same circumstances, would have been inadmissible. Dissimilarity between foreign legal rules and *Charter* requirements does not establish that admitting the evidence would render the trial unfair. The impugned statement did not come into existence upon a denial of a constitutionally protected right because no equivalent right exists in the United States and, moreover, any deviation from Canadian procedures was not at the most serious end of the scale. No unfairness arose on account of the statement's being inadmissible, had it been taken in Canada: any unfairness arises in large part from the accused's expectation that the police in Canada will comply with Canadian law and not from the fact that the statement would have been inadmissible had it been taken in Canada in similar circumstances. When a suspect leaves Canada, that person does not take that Canadian *Charter* rights with him or her. Having attorned to the law of the United States, the appellant cannot complain that failure to give the second warning required by the *Charter* was unfair.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 276, 42 B.C.A.C. 218, 67 W.A.C. 218, allowing an appeal from acquittal by Boyd J. Appeal dismissed.

William B. Smart and Rod Flannigan, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., and *Kimberly Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Charles I. M. Lugosi, for the intervener Robert Scott Terry.

Solicitors for the appellant: Smart & Williams, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener Robert Scott Terry: Charles Lugosi, Prince George.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada -- Équité du procès -- Exclusion de la preuve -- Preuve obtenue à l'étranger conformément à la loi du pays étranger -- Droit étranger prévoyant une norme de procédure moins astreignante que celle de la Charte -- L'omission des policiers étrangers de se conformer à la loi canadienne rend-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? -- Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'étranger? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b, 11d, 24(1), (2), 32.

L'appelante a été jugée au Canada sur le fondement de déclarations faites à la police américaine. Les déclarations ont été faites dans le cadre d'une enquête visant à déterminer si l'appelante se trouvait légalement aux États-Unis et à établir les circonstances d'une infraction qu'aurait commise son petit ami aux États-Unis. Au cours de l'interrogatoire de l'appelante, des questions lui ont été posées sur sa participation possible à la perpétration d'un acte criminel au Canada en rapport avec l'évasion de son ami qui était détenu en vue de son extradition aux États-Unis. Le juge du procès a écarté une des déclarations de l'appelante pour le motif que les policiers ne l'avaient pas informée une deuxième fois de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat lorsque l'interrogatoire a changé d'orientation en passant des questions de l'immigration et de l'infraction commise aux États-Unis à la participation possible à l'évasion, comme l'aurait exigé la *Charte* canadienne si l'interrogatoire avait été mené au Canada par des policiers canadiens,

mais non la loi américaine. L'appelante a été acquittée mais la Cour d'appel a conclu que l'exclusion de la déclaration constituait une erreur et a ordonné un nouveau procès. L'appelante a fait appel. La question est de savoir si l'omission de la police américaine de se conformer à la loi canadienne rend la déclaration inadmissible au Canada. Cela soulève deux sous-questions: la *Charte* s'applique-t-elle aux autorités étrangères agissant à l'extérieur du Canada, et les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils d'exclure des éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges **La Forest**, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La *Charte* ne s'appliquait pas de façon directe aux interrogatoires qui ont eu lieu aux États-Unis parce que les autorités américaines n'agissaient pour aucun gouvernement du Canada. On serait en présence d'une tout autre question s'il s'était agi d'un interrogatoire sur une infraction aux lois canadiennes mené par un agent de la paix canadien aux États-Unis ou mené par des autorités américaines agissant à titre de mandataires de la police canadienne, dans des circonstances qui auraient constitué une violation de la *Charte* si cet interrogatoire avait eu lieu au Canada. En l'espèce cependant, l'application de la *Charte* ne pouvait être invoquée qu'à compter du moment où la police canadienne a intenté des poursuites contre l'appelante à son retour au Canada. Comme l'appelante ne reprochait aucune irrégularité à la police au Canada, le seul moyen dont elle disposait était l'argument que l'admission de l'élément de preuve en cause violerait soit son droit à la liberté d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale (art. 7 de la *Charte*) soit son droit à un procès équitable (al. 11*d*) de la *Charte*.

L'admission de l'élément de preuve contesté n'entraînerait pas un procès inéquitable. Il n'est pas permis de supposer que, du seul fait qu'un élément de preuve a été obtenu d'une façon qui, au Canada, violerait un droit garanti par la *Charte*, cet élément a été obtenu d'une façon inéquitable, ou que son admission serait inéquitable. Divers pays peuvent arriver à des équilibres différents, pouvant tous être équitables, entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. L'accusé a droit à un procès équitable, mais pas aux procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

La règle selon laquelle les policiers au Canada donnent une seconde mise en garde à un accusé quand l'enquête change d'orientation n'est pas conçue seulement en fonction des droits de l'individu dans un cas précis, mais vise également à garantir l'équité de nos mécanismes et le respect général des valeurs constitutionnelles dans tous les cas. Ces préoccupations d'ordre systémique n'existent pas à l'égard des actions des polices étrangères à l'extérieur du pays. La seule préoccupation pertinente est le caractère équitable du procès, qui doit être déterminé en conformité des principes du droit canadien dans le contexte particulier de l'affaire. Le fait que l'élément de preuve ait été recueilli légalement dans un autre pays pourrait être un facteur à considérer pour déterminer ce qui est équitable mais n'est aucunement un facteur déterminant. Le fait, en l'espèce, que la mise en garde n'a pas été répétée lorsque l'interrogatoire a abordé l'infraction plus grave en vertu du droit canadien n'était pas inéquitable dans les circonstances de l'espèce. L'appelante savait et avait compris qu'elle était interrogée relativement à l'infraction canadienne et il n'y avait aucune autre preuve d'injustice.

Si son admission avait été inéquitable, l'élément de preuve aurait pu être écarté sans recourir à l'art. 24 de la *Charte* en se fondant sur le devoir qu'a le juge de première instance, et qui est constitutionnalisé par le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*, d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et d'écarter les éléments de preuve qui entraîneraient un procès inéquitable. On parviendrait au même résultat en vertu de l'art. 7 puisque l'utilisation d'éléments de preuve inéquitables violerait les principes de justice fondamentale.

Les juges **McLachlin** et Major: Le droit à l'assistance d'un avocat qui est prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte* est accordé «en cas d'arrestation ou de détention» et se rapporte donc au moment de l'arrestation ou de la détention, et non pas à celui où la preuve est admise au procès pour l'évaluation des événements survenus à l'étranger. Conclure que les policiers américains ont violé les droits que la *Charte* garantissait à l'appelante au moment de l'arrestation reviendrait à étendre l'application de la *Charte* au-delà de la portée de l'art. 32. La question de savoir si les policiers américains étaient les mandataires des policiers canadiens et donc liés par la *Charte* était surtout une question de fait et, par conséquent, la Cour n'en était pas régulièrement saisie.

L'utilisation de la déclaration qu'a faite l'appelante sans bénéficier d'une deuxième mise en garde quant à son droit de recourir à l'assistance d'un avocat ne viole pas son droit de garder le silence ou son droit de ne pas s'incriminer, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. La loi accorde aux suspects le droit de ne pas s'incriminer, à leur choix, mais n'exige pas l'exclusion des déclarations incriminantes faites volontairement.

L'omission des policiers étrangers de se conformer aux procédures requises en vertu de la *Charte* au Canada ne viciait pas les éléments de preuve au point que leur utilisation rendrait le procès inéquitable. Aucune injustice n'a découlé du fait que la déclaration, recueillie aux États-Unis conformément à la loi américaine, était admissible et cependant, si elle avait été recueillie au Canada dans les mêmes circonstances, elle n'aurait pas été admissible. Une différence entre les règles juridiques étrangères et celles prescrites par la *Charte* ne prouve pas que l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable. La déclaration contestée ne résultait pas de la privation d'un droit

garanti par la Constitution, car aucun droit équivalent n'existe aux États-Unis et, en outre, la dérogation aux procédures canadiennes n'était pas des plus graves. Aucune injustice n'a résulté du fait que la déclaration aurait été inadmissible, si elle avait été faite au Canada: l'injustice découle en grande partie du fait que l'accusé s'attend à ce que la police au Canada respecte la loi canadienne et non pas du fait que la déclaration n'aurait pas été admissible si elle avait été recueillie au Canada dans des circonstances similaires. Lorsqu'un suspect quitte le Canada, il n'emporte pas avec lui les droits que lui garantit la *Charte*. Comme elle s'était soumise à la loi des États-Unis, l'appelante ne peut pas prétendre que l'omission de faire la deuxième mise en garde exigée par la *Charte* était inéquitable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 C.C.C. (3d) 276, 42 B.C.A.C. 218, 67 W.A.C. 218, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Boyd. Pourvoi rejeté.

William B. Smart et Rod Flannigan, pour l'appelante.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Charles I. M. Lugosi, pour l'intervenant Robert Scott Terry.

Procureurs de l'appelante: Smart & Williams, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant Robert Scott Terry: Charles Lugosi, Prince George.

F.J.U. v. Her Majesty the Queen (Crim.)(Ont.)(24159)

Indexed as: R. v. U. (F.J.) / Répertoire: R. c. U. (F.J.)

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

Criminal law -- Evidence -- Prior inconsistent statements -- Admissibility -- Accused and complainant making separate statements containing similarities to police -- Accused and complainant recanting at trial -- Whether trial judge erred in inviting jury to compare complainant's prior inconsistent statement with accused's statement to police in determining if prosecution had established guilt.

The accused was arrested following a report that he had engaged in sexual activities with his 13-year-old daughter. In the course of being interviewed by the investigating officer, the daughter stated that her father had been having sexual intercourse with her on a regular basis since December 1987 and described various sexual activities. The last time her father had had sex with her was the previous night. The officer then questioned the accused. He admitted that he had had sex with his daughter many times, described the same sexual activities she had described, and stated that the most recent intercourse had been the previous night. The accused was charged with a number of sexual offences. His statement to the police was admitted as Crown evidence through the testimony of two officers. The Crown also called the complainant daughter as a witness. Although she admitted that she had made the allegations against the accused in her statement, the complainant asserted that the allegations of sexual assault were untrue. The accused also testified at trial. While he admitted having made an inculpatory statement to the police, he denied the truth of much of the statement's contents, including his admissions of having engaged in sexual activity with his daughter. The accused was convicted of one count of incest and two counts of sexual touching. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld the conviction. At issue in this appeal is whether the trial judge erred in inviting the jury to compare the complainant's unadopted prior inconsistent statement with the accused's unadopted statement to the police in determining if the prosecution had established guilt.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The orthodox rule that prior inconsistent statements are not admissible for the truth of their contents is a particular instance of the rule against admitting hearsay. In recent years, however, this Court's decisions have established that the traditional inflexible approach to the hearsay rule and its exceptions is to be rejected in favour of an approach which allows evidence to be admitted and used substantively when it is shown to be reliable and necessary. Both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case. When the reliability and necessity criteria are met, prior inconsistent statements of witnesses other than the accused are substantively admissible, provided that they would have been admissible as the witness's sole testimony. The gravest danger associated with hearsay evidence, namely the absence of contemporaneous cross-examination, simply does not exist in the case of prior inconsistent statements because the witness is available for cross-examination. The other two dangers, absence of an oath and absence of demeanour evidence, can be met through appropriate police procedures and occasionally appropriate substitutes can be found. Finally, the prior statement is necessary evidence when a witness recants.

A threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity between two statements. In order to eliminate, or at least substantially reduce, the likelihood of a similarity between two statements arising through coincidence, the similar factual assertion must be so striking that it is highly unlikely two people would have independently fabricated it. In some cases, the necessary degree of similarity will result from the unique nature of particular factual assertions in both statements. In other situations it may be that the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the two statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation.

After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfils its requirements in the *voir dire* held under that section, the party must then state its objectives in tendering the statement. If the statement will only be used to impeach the witness, the inquiry ends at this point. If, however, the calling party wishes to make substantive use of the statement, the *voir dire* must continue so that the trial judge can assess whether a threshold of reliability has been met. The necessity criterion need not be assessed as it is met whenever a witness recants. If the reliability criterion is to be met, in rare cases, by the striking similarity between the statement being assessed and another statement which is already clearly substantively admissible, the trial judge must be satisfied on a balance of probabilities that there are striking similarities between the two statements, and that there was neither reason nor opportunity for the declarants to collude, nor improper influence by interrogators or other third parties. The trial judge must also ascertain that the prior statement relates evidence which would be admissible as the witness's sole testimony. If the trial judge determines that the statement meets the threshold reliability criterion and is thus substantively admissible, he or she must direct the trier of fact to follow a two-step process in evaluating the evidence. The trier of fact must first be certain that the statement which is being used as a reliability referent was made, without taking into account the prior inconsistent statement under consideration. Once the trier of fact is satisfied that the

other statement was made, the trier of fact may compare the similarities between the two statements and, if they are sufficiently striking that it is unlikely that two people would have independently fabricated them, the trier of fact may draw conclusions from that comparison about the truth of the statements.

In this case, the recanting witness was cross-examined in detail about her reasons for changing her story at a preliminary inquiry, on a *voir dire* under s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and before the jury. She provided a comprehensive explanation for changing her story which could be assessed by both the trial judge and the jury and therefore eliminates the most important danger of hearsay evidence. The statements made by the accused and by his daughter contained both a significant number of similarities in detail and the strikingly similar assertion that the most recent sexual contact between the two had been the previous evening. As a *voir dire* was also held with regard to the accused's statement, there was sufficient evidence presented to found a conclusion that the accused and his daughter had neither a reason nor an opportunity to collude, and that the accused was not improperly influenced by the police officers who took his statement. The complainant's statement was therefore substantively admissible at trial. The absence of correct jury instructions does not alter the outcome of this appeal as the statements are so strikingly similar that the jury would inevitably have been satisfied as to their reliability. The objection that the jury instructions left open the possibility that the daughter's statement would be used for the truth of its contents does not arise given the conclusion that the statement was substantively admissible.

Per L'Heureux-Dubé J.: The complainant's prior inconsistent statement was admissible for the purpose of comparison with the accused's confession, as found by Lamer C.J. The similarities between the two statements need not be "striking", however, before the jury can be permitted to use the prior inconsistent statement for such a purpose. So long as there are significant similarities between the two statements, as there clearly were in this case, a witness's prior inconsistent statement will be admissible for purposes of comparison with an accused's unadopted confession in order to assess the truth of that confession. As found by Lamer C.J., the trial judge adequately instructed the jury in this case concerning the use it could make of the complainant's prior inconsistent statement.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual offences. Appeal dismissed.

Bruce Durno, for the appellant.

Renee M. Pomerance, for the respondent.

Solicitor for the appellant: Bruce Durno, Toronto.

Solicitor for the respondent: Renee M. Pomerance, Toronto.

Présents: Le juge en chef Lamer, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

Droit criminel -- Preuve -- Déclarations antérieures incompatibles -- Admissibilité -- Déclarations distinctes comportant des similitudes faites à la police par l'accusé et la plaignante -- Rétractation de l'accusé et de la plaignante au procès -- Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité?

L'accusé a été arrêté à la suite d'un rapport selon lequel il avait eu des activités sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans. Lorsqu'elle a été interrogée par l'agent enquêteur, la fille a déclaré que son père avait régulièrement eu des rapports sexuels avec elle depuis décembre 1987 et elle a décrit diverses activités sexuelles. La dernière fois que son père avait eu des rapports sexuels avec elle, c'était la nuit précédente. Le policier a alors interrogé l'accusé, qui a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa fille bien des fois, a décrit les mêmes activités sexuelles que cette dernière et a dit que les plus récentes avaient eu lieu la nuit précédente. L'accusé a été inculpé de plusieurs infractions d'ordre sexuel. La déclaration qu'il a faite à la police a été admise comme preuve du ministère public au moyen du témoignage de deux policiers. La Couronne a également cité la fille plaignante comme témoin. Bien qu'elle ait reconnu avoir fait les allégations contre l'accusé dans sa déclaration, elle a affirmé que les allégations d'agression sexuelle n'étaient pas vraies. L'accusé a également témoigné au procès. Bien qu'il ait reconnu avoir fait une déclaration incriminante à la police, il a nié la véracité de la grande partie de cette déclaration, y compris ses aveux selon lesquels il avait eu des activités sexuelles avec sa fille. L'accusé a été déclaré coupable relativement à un chef d'accusation d'inceste et à deux chefs d'accusation d'attouchements sexuels. La Cour d'appel, dans un arrêt majoritaire, a confirmé la déclaration de culpabilité. Le point litigieux en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible rétractée de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police, et rétractée par la suite, pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu est un exemple particulier de la règle interdisant l'admission du oui-dire. Toutefois, ces dernières années, la jurisprudence de notre Cour a déterminé que la démarche traditionnelle inflexible relative à la règle du oui-dire et de ses exceptions doit être rejetée en faveur d'une démarche qui permettrait que des éléments de preuve soient admis et utilisés quant au fond lorsqu'il est démontré qu'ils sont fiables et nécessaires. On doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire. Lorsque les critères de la fiabilité et de la nécessité sont remplis, les déclarations antérieures incompatibles de témoins autres que l'accusé sont admissibles quant au fond, pourvu qu'elles soient admissibles comme unique témoignage du témoin. Le plus grave danger lié à la preuve par oui-dire, à savoir l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, n'existe simplement pas dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le témoin peut être contre-interrogé. Les deux autres dangers, à savoir l'absence de serment et l'absence de preuve touchant le comportement, peuvent être écartés au moyen de procédures policières appropriées, et on peut parfois trouver des substituts adéquats. En dernier lieu, la déclaration antérieure est une preuve nécessaire lorsqu'un témoin se rétracte.

L'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude frappante entre deux déclarations. Pour éliminer, ou au moins réduire considérablement, la probabilité d'une similitude entre deux déclarations née d'une coïncidence, l'affirmation factuelle semblable doit être si frappante qu'il est fort peu probable que deux personnes l'aient fabriquée de façon indépendante. Dans certains cas, le degré de similitude nécessaire découlera de la nature unique d'affirmations factuelles particulières figurant dans les deux déclarations. Dans d'autres cas, il se peut que la combinaison cumulative des points semblables rende la similitude globale entre les deux déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme une explication possible.

Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et satisfait à ses exigences dans un voir-dire tenu conformément à cet article, elle doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la déclaration sera utilisée seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, l'enquête prend fin à ce stade. Si, toutefois, la partie qui a cité le témoin désire faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le voir-dire doit se poursuivre pour que le juge du procès puisse examiner si le seuil de fiabilité a été atteint. Le critère de la nécessité n'a pas à être examiné puisqu'il y a nécessité toutes les fois qu'un témoin se rétracte. S'il faut satisfaire au critère de la fiabilité, dans de rares cas, au moyen de la similitude frappante entre la déclaration examinée et une autre déclaration qui est déjà clairement admissible quant au fond, le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des similitudes frappantes entre les deux déclarations et qu'il n'existait aucune raison, aucune possibilité pour leurs auteurs d'agir de connivence, ni aucune influence indue de la part d'interrogateurs ou d'autres tiers. Le juge du procès doit également s'assurer que la déclaration antérieure rapporte la preuve qui serait admissible comme unique témoignage du témoin. Si le juge du procès détermine que la déclaration satisfait au critère du seuil de fiabilité et est donc admissible quant au fond, il doit donner au juge des faits la directive de suivre un processus à deux étapes dans l'évaluation de la preuve. Le juge des faits doit en premier lieu être certain que la déclaration qui est utilisée comme référence de fiabilité a été faite, sans tenir compte de la déclaration antérieure incompatible examinée. Une fois que le juge des faits est persuadé que l'autre déclaration a été faite, il peut comparer les similitudes entre les deux déclarations et, si elles sont si frappantes qu'il est peu probable que deux personnes puissent les avoir fabriquées, il peut tirer de cette comparaison des conclusions sur la véracité des déclarations.

En l'espèce, le témoin qui se rétracte a été contre-interrogé en détail sur les raisons pour lesquelles elle a modifié son histoire à une enquête préliminaire, à l'occasion d'un voir-dire sous le régime de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et devant le jury. Elle a donné une explication détaillée de la modification de son histoire qui pouvait être évaluée tant par le juge du procès que par le jury, ce qui élimine donc le danger le plus important de la preuve par oui-dire. Les déclarations faites par l'accusé et sa fille contenaient à la fois un grand nombre de similitudes dans les détails et l'affirmation, d'une similitude frappante, selon laquelle le contact sexuel le plus récent entre les deux avait eu lieu le soir précédent. Comme un voir-dire a également été tenu relativement à la déclaration de l'accusé, une preuve suffisante a été présentée pour conclure que l'accusé et sa fille n'avaient aucune raison ni aucune possibilité d'agir de connivence, et que l'accusé n'avait pas été abusivement influencé par les policiers qui ont recueilli sa déclaration. La déclaration de la plaignante était donc admissible comme preuve de fond au procès. L'absence de directive adéquate au jury ne modifie pas le résultat du présent pourvoi puisque les similitudes entre les déclarations sont si frappantes que le jury aurait inévitablement été convaincu de leur fiabilité. L'objection selon laquelle les directives au jury ont donné lieu à la possibilité que la déclaration de la fille soit utilisée pour établir la véracité de son contenu n'a pas sa raison d'être vu ma conclusion que la déclaration était admissible comme preuve de fond.

Le juge L'Heureux-Dubé: La déclaration antérieure incompatible de la plaignante était recevable à des fins de comparaison avec la confession de l'accusé, comme l'a conclu le juge en chef Lamer. Cependant, la similitude entre les deux déclarations n'a pas à être «frappante» avant que le jury puisse être autorisé à faire usage de la déclaration antérieure incompatible à cette fin. Du moment qu'il existe une similitude importante entre les deux déclarations, comme, de toute évidence, il y en a eu en l'espèce, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin

sera recevable à des fins de comparaison avec la confession rétractée d'un accusé afin d'en évaluer la véracité. Comme l'a conclu le juge en chef Lamer, le juge du procès a donné des directives suffisantes au jury concernant l'usage que ce dernier pouvait faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

Bruce Durno, pour l'appelant.

Renee M. Pomerance, pour l'intimée.

Procureur de l'appelant: Bruce Durno, Toronto.

Procureur de l'intimée: Renee M. Pomerance, Toronto.

Philip Keith Fire, et al v. Georges-André Longtin, et al (Ont.)(24148)

Indexed as: Fire v. Longtin / Répertoire: Fire c. Longtin

Judgment rendered October 19, 1995 / Jugement rendu le 19 octobre 1995

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Property law -- Real property -- Registry system -- Chains of title -- Conveyancing -- Need to establish good root of title only within prior forty years.

Owing to a surveying error, the respondents' predecessors in title were registered as owners of a five-foot strip of land, being part of the appellant's claim in fee simple that had been registered in 1941. The respondents, who purchased the property that included the land in issue in 1983, claim title on the basis that the *Registry Act* requires title searches to go back only forty years. This allowed them to rely on their predecessors' registered title during that period and ignore the appellants' registered claim that fell outside that period. The trial judge held that the *Registry Act* could not have such an effect and that the appellants had not lost their title; this judgment was reversed on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal was dismissed for the unanimous reasons of the Court of Appeal which were adopted in their entirety.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 418, 70 O.A.C. 226, 112 D.L.R. (4th) 34, 38 R.P.R. (2d) 1, allowing an appeal from a judgment of MacLeod J. Appeal dismissed.

Michael C. Birley and Christine M. Silversides, for the appellants.

Roger Mills and David C. Thompson, Q.C., for the respondents.

Gerald L. R. Ranking, W. Kirk Russell and Douglas J. Los, for the intervener.

Solicitors for the appellants: Shibley, Righton, Toronto.

Solicitors for the respondents: Bell, Baker, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major

Droit des biens -- Biens immeubles -- Régime d'enregistrement -- Chaîne de titres -- Cession -- Obligation d'établir la chaîne de titres uniquement pour les quarante années précédant l'aliénation.

En raison d'une erreur d'arpentage, les personnes qui détenaient le titre avant les intimés étaient enregistrées en tant que propriétaires d'une bande de terrain de cinq pieds visée par la réclamation relative au titre en fief simple enregistrée par les appelants en 1941. Les intimés, qui ont, en 1983, acheté l'unité foncière comprenant le bien-fonds en litige, en réclame le titre en s'appuyant sur la disposition de la *Loi sur l'enregistrement des actes* qui limite la recherche de titres aux quarante années qui précèdent l'aliénation. Cela leur permet d'invoquer le titre enregistré de leurs prédécesseurs et de ne pas tenir compte de la réclamation des appelants, qui n'a pas été enregistrée dans la période de quarante ans en cause. Le juge de première instance a conclu que la *Loi sur l'enregistrement des actes* ne pouvait pas produire un tel effet et que les appelants n'avaient pas perdu leur titre. Cette décision a été infirmée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est rejeté pour les motifs unanimes de la Cour d'appel, que notre Cour a adoptés dans leur ensemble.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 17 O.R. (3d) 418, 70 O.A.C. 226, 112 D.L.R. (4th) 34, 38 R.P.R. (2d) 1, qui a accueilli l'appel de la décision du juge MacLeod. Pourvoi rejeté.

Michael C. Birley et Christine M. Silversides, pour les appelants.

Roger Mills et David C. Thompson, c.r., pour les intimés.

Gerald L. R. Ranking, W. Kirk Russell et Douglas J. Los, pour l'intervenante.

Procureurs des appelants: Shibley, Righton, Toronto.

Procureurs des intimés: Bell, Baker, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Consolidated Enfield Corporation v. Michael F. Blair (Ont.)(23887)**Indexed as: Blair v. Consolidated Enfield Corp. / Répertoire: Blair c. Consolidated Enfield Corp.**

Hearing and judgment: March 21, 1995; Reasons delivered: October 19, 1995. /

Audition et jugement: 21 mars 1995; Motifs déposés: 19 octobre 1995.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Company law -- Corporations -- Directors and officers -- Indemnity -- Election of directors -- Validity of proxies -- President of corporation chairing annual shareholders' meeting -- President ruling that certain proxies could be used to vote only in favour of management slate of directors -- Court overturning ruling and awarding costs against president and corporation -- Whether president entitled to be indemnified by corporation for costs -- Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 136(1).

The respondent was the president and a director of the appellant corporation, which was plagued with infighting between him and another shareholder ("Canadian Express"). The respondent, as president of the corporation, was obliged under the by-laws to act as chairman of the annual shareholders' meeting, at which the new board of directors was to be elected. A management information circular had been issued in which 11 candidates were proposed for the 11 director positions. The respondent was part of this slate, which divided 6-5 in favour of his "camp" over Canadian Express's group. Although the board had agreed on these candidates, at the shareholders' meeting Canadian Express nominated a surprise 12th candidate from the floor, thereby requiring a more formal election. The surprise candidate was elected, replacing the respondent. The night before the meeting, however, the respondent had been advised by corporate counsel that the proxies of Canadian Express and its supporters which had been deposited that day could be used to vote only in favour of the management slate since no specifications had been made thereon to indicate otherwise. After the voting had taken place, the respondent once again solicited corporate counsel's advice on what he should do with the proxy votes. Following counsel's advice that the proxy votes in favour of the surprise candidate were invalid, the respondent declared that that candidate had received no votes and that the 11 candidates in the management circular had been elected. He refused to entertain any discussion of the decision. The respondent then convened another shareholders' meeting, for the purpose of settling the outstanding voting issues. The provincial Supreme Court found that the respondent's ruling with respect to the proxies was wrong in law and that he was in breach of his fiduciary duties. This decision was upheld on appeal. The respondent's application for an order that he be indemnified by the corporation for the legal costs incurred in defending his corporate acts was dismissed on the ground that his conduct had not been in the best interests of the company and was therefore outside the scope of the right to indemnification provided for in s. 136(1) of the Ontario *Business Corporations Act*. The Court of Appeal set aside this decision and permitted the respondent to be indemnified for all proceedings, except the appeal of the decision regarding the validity of the impugned proxies.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 136(1) and the corporation's by-law which closely resembles it specify three conditions that the director or officer must fulfil in order to receive indemnification for the costs of defending litigation: (1) the person must have been made a party to the litigation by reason of being a director or an officer of the corporation; (2) the costs must have been reasonably incurred; and (3) the person must have acted honestly and in good faith with a view to promoting the best interests of the corporation. There is no reason to disturb the findings of the Court of Appeal that the expenses were reasonably incurred: (a) corporate counsel were retained in the annual meeting litigation to act for both the corporation and the respondent, in his capacity as chairman of the meeting; (b) the corporation's board reviewed the issue of whether it should have separate counsel from the respondent and determined that there were no grounds for taking such action; (c) the respondent added nothing to the costs of the litigation arising out of the shareholders' annual meeting; and (d) the respondent's conduct following the shareholders' meeting, in requisitioning another shareholders' meeting for the purpose of electing directors, was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders. The respondent is involved in this litigation in his capacity as director/chairman of the corporation, not in his personal capacity. Canadian Express's application directly involved the corporation's reputation and the integrity of its voting procedures; moreover, the respondent's participation in the impugned proceedings flows entirely from his role as chairman of the meeting, not from his status as a shareholder.

The respondent has also satisfied the good faith requirement contained in s. 136(1). Persons are assumed to act in good faith unless proven otherwise. The best interests of the corporation in this appeal centre solely on the maintenance of the integrity and propriety of the voting procedure. The duty of a chairman is one of honesty and fairness to all individual interests and is directed generally toward the best interests of the company. The fact that a chairman has an interest in the outcome of a decision does not impugn the integrity of the process because of the mere appearance of bias. It is the corporation's shareholders who concluded that it is to be the president of the company (who is allowed to be a director) -- a person who invariably is interested in every matter discussed at the shareholders' meetings -- who is to act as chairman. In this respect, there is no unacceptable appearance of bias because it was never contemplated that the chairman was to be someone who would appear to be totally disinterested in the first

place. Although a chairman has an obligation to promote administrative fairness, this is necessarily tempered with the need to control and organize a meeting so as to ensure that it proceeds effectively. In closing debate on the proxy issue, the respondent was, based on corporate counsel's instructions, fulfilling his responsibility as chairman to see that the shareholders' instructions as set out in the proxies were followed. Further, allowing the meeting to devolve into a shouting match between two rival camps debating a complex and unsettled area of corporations law could hardly be seen as enhancing the validity and integrity of the corporation's voting procedure. The fact that the respondent made the impugned ruling with the *bona fide* intent that the corporation have a lawfully elected board of directors constitutes evidence that he acted honestly and in good faith and with a view to the best interests of the corporation for the purposes of s. 136(1).

While mere *de facto* reliance on legal advice will not guarantee indemnification, reliance that is reasonable and in good faith will establish that a director or officer acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The respondent's reliance on corporate counsel's advice in this case was both reasonable and in good faith. In deciding not to reject the advice of counsel, the respondent in fact fulfilled his fiduciary duty. The advice given would, to a layperson in the respondent's circumstances (and with his business experience), have been ostensibly credible.

By following the instructions on the proxies and then requisitioning a new shareholders' meeting, the respondent gave all shareholders an opportunity to make a fully informed decision regarding the election of the directors, thereby promoting the integrity of the corporation's voting procedures. Canadian Express suffered no prejudice in respect of its voting rights in that it had the opportunity to nominate and support its surprise candidate at the new meeting or pursue legal action against the corporation. Instead of waiting for the newly requisitioned meeting (at which it could have ensured that its proxies were filled out in accordance with corporate counsel's instructions), Canadian Express took the far more circuitous route of obtaining its candidate's election through the court system, with the hope of transferring the costs thereof onto the respondent.

Permitting the respondent to be indemnified is consonant with the broad policy goals underlying indemnity provisions; these allow for reimbursement for reasonable good faith behaviour, thereby discouraging the hindsight application of perfection. Indemnification is geared to encourage responsible behaviour yet still permit enough leeway to attract strong candidates to directorships and consequently foster entrepreneurship. It is for this reason that indemnification should only be denied in cases of *mala fides*.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, reversing a decision of Carruthers J., [1992] O.J. No. 2291 (QL), dismissing the respondent's application for indemnification. Appeal dismissed.

Dennis R. O'Connor, Q.C., and Ronald Foerster, for the appellant.

Patricia A. Virc, for the respondent.

Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the respondent: Patricia A. Virc, Collingwood, Ont.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

Droit des compagnies -- Sociétés -- Administrateurs et dirigeants -- Indemnisation -- Élection d'administrateurs -- Validité des procurations -- Présidence de l'assemblée annuelle des actionnaires assumée par le président de la société -- Décision du président que certaines procurations ne pourront être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction -- Tribunal renversant cette décision et condamnant le président et la société à payer des dépens -- Le président a-t-il droit à l'indemnisation de frais par la société? -- Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, par. 136(1).

L'intimé était président et administrateur de la société appelante, affectée par une querelle intestine entre l'intimé et un autre actionnaire («Canadian Express»). L'intimé, en sa qualité de président de la société, devait, en vertu des règlements administratifs, présider l'assemblée annuelle des actionnaires, au cours de laquelle un nouveau conseil d'administration devait être élu. La direction de la société avait distribué une circulaire d'information dans laquelle 11 candidats étaient proposés pour les 11 postes d'administrateur. L'intimé faisait partie de cette liste qui comptait six candidats du «camp» de Blair et cinq du groupe Canadian Express. Même si les membres du conseil d'administration s'étaient mis d'accord sur ces candidats, lors de l'assemblée des actionnaires, Canadian Express a proposé inopinément un douzième candidat qui se trouvait dans l'assistance, exigeant de ce fait la tenue d'une élection plus formelle. Ce candidat inopiné a été élu et a remplacé l'intimé. Toutefois, la veille de l'assemblée, les avocats de

la société avaient informé l'intimé que les procurations déposées ce jour-là par Canadian Express et ses partisans ne pourraient être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction, étant donné qu'aucune indication de voter autrement n'y figurait. Après le vote, l'intimé a demandé, une fois de plus, aux avocats de la société des conseils sur ce qu'il devrait faire des votes par procuration. À la suite des conseils des avocats selon lesquels les votes par procuration en faveur du candidat inopiné étaient invalides, l'intimé a déclaré que ce dernier n'avait obtenu aucun vote et que les 11 candidats nommés dans la circulaire de la direction avaient été élus. Il s'est refusé à toute discussion de sa décision. L'intimé a alors convoqué une autre assemblée des actionnaires dans le but de régler les questions pendantes du scrutin. La Cour suprême de la province a conclu que la décision de l'intimé, relativement aux procurations, constituait une erreur de droit et qu'il avait manqué à ses obligations fiduciaires. La décision de la Cour suprême de la province a été maintenue en appel. La demande de l'intimé visant à obtenir une ordonnance enjoignant à la société de l'indemniser des frais de justice engagés pour défendre les actes qu'il avait accomplis à titre de président de la société a été rejetée pour le motif que sa conduite n'avait pas été au mieux des intérêts de la société, et qu'elle n'était donc pas visée par le droit à l'indemnisation prévu au par. 136(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. La Cour d'appel a annulé cette décision et a permis à l'intimé d'être indemnisé relativement à toutes les procédures, à l'exception de l'appel de la décision portant sur la validité des procurations contestées.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 136(1) et le règlement administratif de la société, qui lui ressemble beaucoup, énoncent trois conditions que l'administrateur ou le dirigeant doit remplir pour se faire indemniser des frais engagés pour se défendre lors d'un litige: (1) la personne doit avoir été constituée partie au litige en raison de son poste d'administrateur ou de dirigeant de la société, (2) les frais engagés doivent être raisonnables, et (3) la personne doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les frais engagés sont raisonnables: a) les services des avocats de la société ont été retenus, dans le cadre du litige relatif à l'assemblée annuelle, pour représenter à la fois la société et l'intimé, en sa qualité de président de l'assemblée, b) le conseil d'administration de la société s'est demandé s'il devait avoir recours à des avocats différents de ceux de l'intimé, et il a décidé que rien ne justifiait de le faire, c) l'intimé n'a rien ajouté aux frais du litige découlant de l'assemblée annuelle des actionnaires, et d) la conduite que l'intimé a adoptée, à la suite de l'assemblée des actionnaires, en demandant qu'une autre assemblée des actionnaires soit tenue dans le but d'élire les administrateurs, était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés. L'intimé participe au présent litige en sa qualité d'administrateur et de président d'assemblée de la société, et non à titre personnel. La demande de Canadian Express concernait directement la réputation de la société et l'intégrité de ses procédures de scrutin; de plus, la participation de l'intimé aux procédures contestées découle entièrement de son rôle de président de l'assemblée, et non de son statut d'actionnaire.

L'intimé a aussi satisfait à l'exigence de bonne foi du par. 136(1). En l'absence de preuve contraire, on présume que les gens agissent de bonne foi. En l'espèce, c'est le maintien de l'à-propos et de l'intégrité de la procédure de scrutin qui est au mieux des intérêts de la société. Le président d'une assemblée est tenu d'agir de façon intègre et équitable envers tous les intéressés individuellement et, en général, au mieux des intérêts de la société. Le fait que le président d'une assemblée ait un intérêt dans le résultat d'une décision ne compromet pas l'intégrité du processus simplement en raison de l'apparence de partialité. Ce sont les actionnaires de la société qui ont conclu qu'il appartenait au président de la société (qui peut être un administrateur) -- une personne qui a immanquablement un intérêt dans toutes les questions débattues aux assemblées d'actionnaires -- de présider leurs assemblées. À cet égard, il n'y a aucune apparence inacceptable de partialité, parce qu'au départ on n'a jamais prévu que le président devrait être quelqu'un qui paraîtrait complètement désintéressé. Bien que le président d'une assemblée soit tenu de promouvoir l'équité administrative, cela est nécessairement tempéré par le besoin de contrôler et d'organiser une assemblée de manière à ce qu'elle se déroule efficacement. En mettant fin au débat sur la question des procurations, l'intimé se trouvait, compte tenu des directives des avocats de la société, à s'acquitter de la responsabilité, qui lui incombait à titre de président de l'assemblée, de veiller à ce que les instructions données par les actionnaires dans les procurations soient suivies. De plus, permettre à l'assemblée de dégénérer en un affrontement verbal entre deux camps rivaux qui débattent un sujet complexe et incertain du droit des sociétés, pourrait difficilement être considéré comme rehaussant la validité et l'intégrité de la procédure de scrutin de la société. Le fait que l'intimé a pris de bonne foi la décision contestée, afin que la société ait un conseil d'administration légalement élu, prouve qu'il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société, conformément au par. 136(1).

Bien que le simple fait que l'on s'en soit remis à des conseils juridiques ne garantisse pas l'indemnisation, le fait qu'un administrateur ou un dirigeant s'en soit remis raisonnablement et de bonne foi à ces conseils établira qu'il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En l'espèce, l'intimé s'en est remis raisonnablement et de bonne foi aux conseils des avocats de la société. En décidant de ne pas rejeter les conseils des avocats, l'intimé a, en fait, rempli son obligation fiduciaire. Les conseils donnés auraient été manifestement crédibles pour une personne non juriste placée dans la situation de l'intimé (et possédant son expérience des affaires).

En suivant les instructions contenues dans les procurations et en demandant qu'une nouvelle assemblée des actionnaires soit convoquée, l'intimé a donné à tous les actionnaires la possibilité de prendre une décision parfaitement éclairée au sujet de l'élection des administrateurs, et a préservé de ce fait l'intégrité des procédures de scrutin de la société. Canadian Express n'a subi aucun préjudice quant à ses droits de vote, étant donné qu'elle avait la possibilité de nommer et d'appuyer son candidat inopiné lors de la nouvelle assemblée, ou d'intenter une action en justice contre la société. Au lieu d'attendre la tenue de la nouvelle assemblée demandée (à laquelle elle aurait pu s'assurer que ses procurations seraient exécutées conformément aux directives des avocats de la société), Canadian Express a emprunté la voie beaucoup plus sinieuse des procédures judiciaires pour obtenir l'élection de son candidat, en espérant que l'intimé en assumerait les frais.

Permettre à l'intimé d'être indemnisé est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de normes de perfection. L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, qui a infirmé la décision du juge Carruthers [1992] O.J. No. 2291 (QL), qui avait rejeté la demande d'indemnisation de l'intimé. Pourvoi rejeté.

Dennis R. O'Connor, c.r., et Ronald Foerster, pour l'appelante.

Patricia A. Virc, pour l'intimé.

Procureurs de l'appelante: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Patricia A. Virc, Collingwood (Ont.).

WEEKLY AGENDA

ORDRE DU JOUR DE LA SEMAINE

AGENDA for the week beginning October 23, 1995.
ORDRE DU JOUR pour la semaine commençant le 23 octobre 1995.

Date of Hearing/
Date d'audition

Case Number and Name/
Numéro et nom de la cause

The Court is not sitting this week

La Cour ne siège pas cette semaine

NOTE:

This agenda is subject to change. Hearing dates should be confirmed with Process Registry staff at (613) 996-8666.

Cet ordre du jour est sujet à modification. Les dates d'audience devraient être confirmées auprès du personnel du greffe au (613) 996-8666.

DEADLINES: MOTIONS

DÉLAIS: REQUÊTES

BEFORE THE COURT:

Pursuant to Rule 23.1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the following deadlines must be met before a motion before the Court can be heard:

Motion day : November 6, 1995

Service : October 16, 1995
Filing : October 23, 1995
Respondent : October 30, 1995

Motion day : December 4, 1995

Service : November 13, 1995
Filing : November 20, 1995
Respondent : November 27, 1995

DEVANT LA COUR:

Conformément à l'article 23.1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, les délais suivants doivent être respectés pour qu'une requête soit entendue par la Cour :

Audience du : 6 novembre 1995

Signification : 16 octobre 1995
Dépôt : 23 octobre 1995
Intimé : 30 octobre 1995

Audience du : 4 décembre 1995

Signification : 13 novembre 1995
Dépôt : 20 novembre 1995
Intimé : 27 novembre 1995

DEADLINES: APPEALS

The fall session of the Supreme Court of Canada will commence January 22, 1996.

Pursuant to the *Supreme Court Act* and *Rules*, the following requirements for filing must be complied with before an appeal will be inscribed and set down for hearing:

Case on appeal must be filed within three months of the filing of the notice of appeal.

Appellant's factum must be filed within four months of the filing of the notice of appeal. For appeals in which the notice of appeal was filed before July 26, 1995, the factum must be filed within five months.

Respondent's factum must be filed within eight weeks of the date of service of the appellant's factum.

Intervener's factum must be filed within four weeks of the date of service of the respondent's factum. For appeals in which the notice of appeal was filed before July 26, 1995, the factum must be filed within two weeks.

The Registrar shall inscribe the appeal for hearing upon the filing of the respondent's factum or after the expiry of the time for filing the respondent's factum

The Registrar shall enter on a list all appeals inscribed for hearing at the January 1996 session November 28 1995.

DÉLAIS: APPELS

La session d'automne de la Cour suprême du Canada commencera le 22 janvier 1996.

Conformément à la *Loi sur la Cour suprême* et aux *Règles*, il faut se conformer aux exigences suivantes avant qu'un appel puisse être inscrit pour audition:

Le dossier d'appel doit être déposé dans les trois mois du dépôt de l'avis d'appel.

Le mémoire de l'appellant doit être déposé dans les quatre mois du dépôt de l'avis d'appel. Pour les appels dont l'avis d'appel a été déposé avant le 26 juillet 1995, le mémoire doit être déposé dans les cinq mois.

Le mémoire de l'intimé doit être déposé dans les huit semaines suivant la signification de celui de l'appellant.

Le mémoire de l'intervenant doit être déposé dans les quatre semaines suivant la signification de celui de l'intimé. Pour les appels dont l'avis d'appel a été déposé avant le 26 juillet 1995, le mémoire doit être déposé dans les deux semaines.

Le registraire inscrit l'appel pour audition après le dépôt du mémoire de l'intimé ou à l'expiration du délai de signification du mémoire de l'intimé.

Le 28 novembre 1995, le registraire mettra au rôle de la session de janvier 1996 tous les appels inscrits pour audition.

**THE STYLES OF CAUSE IN THE PRESENT
TABLE ARE THE STANDARDIZED STYLES
OF CAUSE (AS EXPRESSED UNDER THE
"INDEXED AS" ENTRY IN EACH CASE).**

Judgments reported in [1995] 2 S.C.R., Part 5

British Columbia (Milk Board) v. Grisnich, [1995] 2
S.C.R. 895

British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable
Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 S.C.R. 739

Crown Forest Industries Ltd. v. Canada, [1995] 2
S.C.R. 802

R. v. Crosby, [1995] 2 S.C.R. 912

R. v. Park, [1995] 2 S.C.R. 836

R. v. Wade, [1995] 2 S.C.R. 737

Telecommunications Workers Union v. Canada
(Radio-television and Telecommunications
Commission), [1995] 2 S.C.R. 781

Vout v. Hay, [1995] 2 S.C.R. 876

**LES INTITULÉS UTILISÉS DANS CETTE
TABLE SONT LES INTITULÉS NORMALISÉS
DE LA RUBRIQUE "RÉPERTORIÉ" DANS
CHAQUE ARRÊT.**

Jugements publiés dans [1995] 2 R.C.S., partie 3

British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable
Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 R.C.S. 739

Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich,
[1995] 2 R.C.S. 895

Crown Forest Industries Ltd. c. Canada, [1995] 2
R.C.S. 802

R. c. Crosby, [1995] 2 R.C.S. 912

R. c. Park, [1995] 2 R.C.S. 836

R. c. Wade, [1995] 2 R.C.S. 737

Telecommunications Workers Union c. Canada
(Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications), [1995] 2 R.C.S. 781

Vout c. Hay, [1995] 2 R.C.S. 876
