

SUPREME COURT
OF CANADA
BULLETIN OF
PROCEEDINGS

COUR SUPRÊME
DU CANADA
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 \$200 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 200 \$ 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.

November 22, 1996

1956 - 2047

le 22 novembre 1996

CONTENTS**TABLE DES MATIÈRES**

Applications for leave to appeal filed	1956 - 1959	Demandes d'autorisation d'appel déposées
Applications for leave submitted to Court since last issue	1960 - 1963	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	1964 - 1967	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1968 - 1974	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	1975	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	1976	Avis de désistement déposés depuis la dernière parution
Appeals heard since last issue and disposition	-	Appels entendus depuis la dernière parution et résultat
Pronouncements of appeals reserved	1977 - 1981	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1982 - 2028	Sommaires des arrêts récents
Weekly agenda	2029	Ordre du jour de la semaine
Summaries of the cases	2030 - 2045	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	2046	Délais: Requêtes devant la Cour
Deadlines: Appeals	2047	Délais: Appels
Judgments reported in S.C.R.	-	Jugements publiés au R.C.S.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO
APPEAL FILED**

Douglas Burden
Richard Macklin
Falconer, Macklin

v. (25393)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)
A.G. of Ontario

FILING DATE 7.11.1996

Mary Payne
Ian F. Kelly
Curtis, Dawe

v. (25596)

Thomas Brady et al. (Nfld.)

FILING DATE 31.10.1996

Rodrigue Girard
Rodrigue Girard

c. (25597)

Marius Moisan et al. (Qué.)
Philippe Leboeuf
Savard Nadeau

DATE DE PRODUCTION 31.10.1996

Les Placements Lecomont Ltée
Michel Maurice Dagenais
Roy, Dagenais, Allen et Assoc.

c. (25598)

Cheminées Sécurité Ltée et al. (Qué.)
Gilles Brunelle
Pouliot Mercure

DATE DE PRODUCTION 1.11.1996

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

Les Placements Lecomont Ltée
Michel Maurice Dagenais
Roy, Dagenais, Allen et Assoc.

c. (25599)

Gustave Goulet (Qué.)
Pierre Bourque
Desjardins Ducharme Stein Monast

DATE DE PRODUCTION 1.11.1996

Louise Lévesque Gagné
Normand Auger
Rochon, Belzile, Carrier, Auger et Assoc.

c. (25600)

Myrtha Sirois et al. (Qué.)
Claude Gravel
Desjardins Ducharme Stein Monast

DATE DE PRODUCTION 4.11.1996

Denise Poitras
Shawn Beaver
Pringle, Renouf, MacDonald & Associates

v. (25601)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Alta.)
Ken Tjosvold
Dept. of Justice

FILING DATE 4.11.1996

George Alexander Hardy
Heather Leonoff, Q.C.
Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield

v. (25602)

Her Majesty The Queen (Alta.)
B.D. Rosborough
A.G. of Alberta

FILING DATE 4.11.1996

Syncrude Canada Ltd.

R.B. White, Q.C.
Lucas Bowker & White

v. (25603)

Petrifond Midwest Ltd. et al. (Alta.)

D.C. Rolf
Parlee McLaws

FILING DATE 31.10.1996

Consortium Developments (Clearwater) Ltd.

Stephen T. Goudge
Gowling, Strathy & Henderson

v. (25604)

The Corporation of the City of Sarnia et al. (Ont.)

George Rust-D'Eye
Weir & Foulds

FILING DATE 5.11.1996

Gad Noik et al.

Mark S. Hayes
Fasken Campbell Godfrey

v. (25605)

Edelstein Construction Ltd. et al. (Ont.)

Samuel S. Marr
Landy, Marr & Associates

FILING DATE 5.11.1996

Guzman Jose Roberto Hernandez

Balfour Q.H. Der
Batting, Der

v. (25606)

Her Majesty The Queen (Alta.)

Goran Tomljanovic
Agent of Alberta Justice

FILING DATE 8.11.1996

James Arvaluk

Alison Wheeler
Greenspan and Associates

v. (25607)

Her Majesty The Queen (N.W.T.)

Pierre Rousseau
Dept. of Justice Yellowknife

FILING DATE 1.11.1996

Friends of the Lubicon et al.

Clayton Ruby, Q.C.
Ruby & Edwardh

v. (25608)

Daishowa Inc. (Ont.)

Earl Cherniak, Q.C.
Lerner & Assoc.

FILING DATE 7.11.1996

Roy T. Moore

Graeme Mew
Smith Lyons

v. (25609)

Linda Acton et al. (Ont.)

David A. McKee
Caley & Wray

FILING DATE 4.11.1996

John C. Turmel

John C. Turmel

v. (25610)

Her Majesty The Queen (Ont.)

Trevor Shaw
A.G. of Ontario

FILING DATE 31.10.1996

La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance sur la vie

Pierre D. Leroux
Lafleur Brown

c. (25611)

Jean-François Tremblay (Qué.)

Raymond Gagnon
Jolin Fournier Morisset

DATE DE PRODUCTION 8.11.1996

Place Brossard Inc.

Daniel St-Pierre
Kravitz & Kravitz

c. (25612)

131483 Canada Inc. et al. (Qué.)

André Demers
Demers et Rivest

DATE DE PRODUCTION 8.11.1996

Manuel Brandao

Manuel Brandao

c. (25616)

Département de science politique, faculté des arts et des sciences et al.

Johane Lachapelle

DATE DE PRODUCTION 31.10.1996

Rocky Mountain Ecosystem Coalition

Norman Charles Conrad

v. (25618)

The Joint Review Panel established under the Canadian Environmental Assessment Act to Review the Express Pipeline Project et al. (F.C.A.)

Judith Hanebury
National Energy Board

FILING DATE 30.10.1996

Nino Piazza et al.
André Durocher
Martineau Walker

c. (25619)

Procureur général du Québec (Qué.)
François Drolet
Substitut du procureur général

DATE DE PRODUCTION 4.11.1996

2439-4637 Québec Inc.
André Durocher
Martineau Walker

c. (25620)

Procureur général du Québec (Qué.)
François Drolet
Substitut du procureur général

DATE DE PRODUCTION 4.11.1996

Confederation Financial Services (Canada) Ltd.
F. Paul Morrison
McCarthy Tétrault

v. (25621)

Zurich Indemnity Co. of Canada et al. (Ont.)
D. Robb English
Garfinkle, Biderman

FILING DATE 12.11.1996

Corporation municipale de Sainte-Lucie-des-Laurentides
Alfred A. Belisle
Godard, Bélisle St-Jean & Assoc.

c. (25622)

La Congrégation de L'Aumisme - Les Pèlerins de l'Absolu et al. (Qué.)

DATE DE PRODUCTION 12.11.1996

William Alexander McMullen et al.
William Alexander McMullen

v. (25623)

Michael Colin Geoffrey McMullen (Ont.)
Gregory P. Jones

FILING DATE 30.10.1996

587855 Ontario Ltd. et al.
Ramesh Mishra

v. (25624)

Piazza, Polowin, Brooks & Siddons et al. (Ont.)
Bryan Carroll
Scott & Ayles

FILING DATE 12.11.1996

Gail Brenda Roose

William M. Leahey
Leahey Nearing

v. (25625)

Douglas Hollett et al. (N.S.)

Alison W. Scott
Dept. of Justice

FILING DATE 1.11.1996

James Phillips et al.

V. Ross Morrison
Silver, Brown, Sosnovitch

v. (25626)

R.D. Realty Ltd. et al. (Ont.)

Markus Koehnen
McMillan Binch

FILING DATE 12.11.1996

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

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

NOVEMBER 15, 1996 / LE 15 NOVEMBRE 1996

**CORAM: Chief Justice Lamer and Gonthier and Iacobucci JJ. /
Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Iacobucci**

Loren Clemens

v. (25558)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)

NATURE OF THE CASE

Criminal law - Procedure - Whether the Court of Appeal erred in not granting leave to the Applicant to appeal from the dismissal of his summary conviction appeal as abandoned

PROCEDURAL HISTORY

January 7, 1992
Ontario Court (Provincial Division) (Cadsby P.C. J.)

Conviction: assault

October 5, 1992
Ontario Court (General Division) (Crosland J.)

Summary conviction appeal dismissed as abandoned

December 14, 1994
Ontario Court (General Division) (Whealy J.)

Application to restore dismissed

August 2, 1996
Ontario Court of Appeal
(Doherty, Weiler, Austin JJ.A.)

Leave to appeal refused

October 24, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

D.B.

c. (25451)

G.L. (Qué.)

NATURE DE LA CAUSE

Droit de la famille - Divorce - Prestation compensatoire - Somme globale - Critères - La Cour d'appel a-t-elle erré en modifiant le jugement de la Cour supérieure et en fixant la prestation compensatoire payable à l'intimée à 200 000\$ et la somme forfaitaire à 100 000\$?

HISTORIQUE PROCÉDURAL

Le 3 juin 1994
Cour supérieure du Québec
(Chabot J.C.S.)

Divorce prononcé; prestation compensatoire de 42 987,29\$, prestation compensatoire additionnelle de 6 667\$ et somme forfaitaire de 75 000\$ payables à l'intimée

Le 7 juin 1996
Cour d'appel du Québec (Tourigny, Brossard et
Fish [dissident] J.J.C.A.)

Appel accueilli; prestation compensatoire de 200 000\$ et somme forfaitaire de 100 000\$ payables à l'intimée

Le 1^{er} octobre 1996
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

**CORAM: La Forest, Cory and Major JJ. /
Les juges La Forest, Cory et Major**

587855 Ontario Limited and Ramesh Mishra

v. (25489)

Industrial-Alliance Life Insurance Company

AND BETWEEN:

587855 Ontario Limited and Ramesh Mishra

- and -

Industrial-Alliance Life Insurance Company, Gestion d'Assurances GWB Inc. and Global Insurance Company

and

The Corporation of the City of Ottawa (Ont.)

NATURE OF THE CASE

Procedural law - Mortgages - Do the City of Ottawa and the mortgagees have the right to invade Applicants' properties without notice through the use of a plainclothes police officers? - Does the City of Ottawa have the right to unilaterally, without notice, terminate its written contract with the Applicants?

PROCEDURAL HISTORY

November 29, 1995
Ontario Court (General Division) (Binks J.)

Judgment for Respondent, Counterclaim dismissed

May 21, 1996
Court of Appeal for Ontario
(Labrosse, Austin and Moldaver J.J.A.)

Appeal dismissed

September 20, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

**Hudson & Company Insolvency Trustees Inc.,
Trustee of the Estate of Edward William Christensen**

v. (25481)

Arthur Christensen and Harold Norman Christensen (Alta.)

NATURE OF THE CASE

Commercial law - Creditor and debtor - Fraudulent preferences - Application of exception contained in many fraudulent preference statutes for payments made to a creditor which would otherwise be void under the same legislation.

PROCEDURAL HISTORY

November 10, 1995
Court of Queen's Bench of Alberta (Montgomery J.)

Applicant's action allowed: declaration that payments made to Respondents by the bankrupt are void

May 22, 1996
Court of Appeal for Alberta
(Harradence, McFadyen and Fruman JJ.A.)

Appeal allowed

September 18, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

**CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. /
Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin**

James R. Ferguson

v. (25535)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Alta.)

NATURE OF THE CASE

Procedural law - Barristers and solicitors - Withdrawal as counsel of record - Whether counsel requires leave to withdraw as counsel of record.

PROCEDURAL HISTORY

June 3, 1996 Court of Queen's Bench of Alberta (Holmes J.)	Applicant refused leave to withdraw as counsel for the accused
June 14, 1996 Court of Appeal of Alberta (Kerans, Hetherington, McFadyen JJ.A.)	Appeal dismissed
June 17, 1996 Court of Queen's Bench of Alberta	Appeal of order of Holmes J. to trial judge allowed; Applicant permitted to withdraw as counsel
October 2, 1996 Supreme Court of Canada	First application for leave to appeal the decision of Holmes J. filed
October 7, 1996 Supreme Court of Canada	Second application for leave to appeal decision of Court of Appeal filed

Rita Mary Dyck

v. (25498)

Wilfred Dyck (Alta.)

NATURE OF THE CASE

Family law - Divorce - Maintenance - Whether the Court of Appeal erred in its application of the test in *Brody v. Brody* (1990) 25 R.F.L. (3rd) 319 as the only rationale for the resumption of continued periodic spousal support - Whether the Court of Appeal erred in failing to interpret and apply the provisions of Section 17(4) of the *Divorce Act*, 1985 to the facts of this case before making its decision to deny support - Whether the Court of Appeal erred in failing to determine whether a material change in the payor's circumstances is sufficient to warrant a variation order to relieve the economic hardship of the payee under the *Divorce Act*, 1985, Section 17(10) - Whether the Court of Appeal erred in failing to properly consider whether the specific changes in circumstances of the spouses were related to the marriage as required by Section 17(10)(a) and specifically failed to consider that a payor's career earning ability can be related to the marriage - Whether the Court of Appeal erred in failing to determine whether an "economic hardship" existed which requires relief pursuant to Section 17(10)(a).

PROCEDURAL HISTORY

APPLICATIONS FOR LEAVE
SUBMITTED TO COURT SINCE LAST ISSUE

DEMANDES SOUMISES À LA COUR DEPUIS
LA DERNIÈRE PARUTION

November 6, 1996
Court of Queen's Bench of Alberta
(Lefsrud J.)

Divorce judgement rendered January 22, 1990, varied so
as to vary spousal support paid by the Respondent to the
Applicant

May 22, 1996
Court of Appeal of Alberta
(McClung, Agrios and Lutz JJ.A)

Appeal allowed: Chambers judge's order vacated

September 23, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

NOVEMBER 21, 1996 / LE 21 NOVEMBRE 1996

**25029 SYNDICAT DES CHAUFFEURS DE LA SOCIÉTÉ DE TRANSPORT DE LA VILLE DE LAVAL (CSN)
c. LE CONSEIL DES SERVICES ESSENTIELS, MADELEINE LEMIEUX, JEANNE COUTU,
DONATIEN CORRIVEAU, MICHEL BIENVENU et SOCIÉTÉ DE TRANSPORT DE LAVAL ET
PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC (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 administratif - Droit du travail - Relations de travail - Contrôle judiciaire - Compétence - Libertés publiques - Crainte raisonnable de partialité institutionnelle - Pouvoir du Conseil des services essentiels de convoquer les parties impliquées dans un conflit de travail, de sa propre initiative, et d'exercer son pouvoir de réparation en application du paragraphe 3 de l'article 111.17 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 - Application de l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

HISTORIQUE PROCÉDURAL

Le 15 mars 1990
Conseil des services essentiels
(Lemieux, présidente, et Coutu, membre)

Ordonnance de réparation: Condamnation du demandeur
à payer 25 000\$

Le 3 avril 1991
Cour supérieure de Québec (Viau J.C.S.)

Requête du demandeur en révision judiciaire rejetée

Le 6 octobre 1995
Cour d'appel du Québec
(Mailhot, Proulx, Forget [suppléant], J.J.C.A.)

Appel rejeté

Le 5 décembre 1995
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

25488 BRUCE TARO YONEDA v. DEBORAH DARLENE YONEDA (B.C.)

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

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

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

NATURE OF THE CASE

Family law - Divorce - Maintenance - Whether the Court of Appeal erred in substituting its discretion with respect to an award of spousal maintenance in the absence of a finding that the trial judge made a palpable, overriding, or material error - Whether the Court of Appeal erred by continuing periodic spousal maintenance indefinitely based on a finding of disparity in the parties' incomes and not a consideration of the objectives of spousal maintenance set out in section 15 of the *Divorce Act*, 1985.

PROCEDURAL HISTORY

April 27, 1995
Supreme Court of British Columbia (Drake J.)

Applicant ordered to pay spousal support to Respondent

May 24, 1996
Court of Appeal for British Columbia
(Macfarlane, Southin and Hinds JJ.A.)

Applicant ordered to pay child support to Respondent;
spousal support order varied

September 20, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

25428 THE CONTINENTAL INSURANCE COMPANY v. DYNE HOLDINGS LIMITED AND MICHAEL H. ARNOLD (P.E.I.)

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

The application for an extension of time is granted and the application for leave to appeal is dismissed with costs.

La demande de prorogation de délai est accordée et la demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

NATURE OF THE CASE

Commercial law - Insurance - Contract - Interpretation - Duty to defend - Practice - Civil Procedure - Rule 61.05 of the *Rules of Court* - Effect of failure to file cross-appeals - Did the Court of Appeal err in deciding that the insurers were under a duty to defend - Did the Court of Appeal err in declining to consider an issue on appeal due to the failure of the parties to file a cross-appeal.

PROCEDURAL HISTORY

January 5, 1995
Supreme Court for Prince Edward Island
(Campbell J.)

Respondents' application for a declaratory order requiring the Applicant insurers to defend the insured dismissed

March 12, 1996
Supreme Court for Prince Edward Island - Appeal
Division (Carruthers C.J., Mitchell J.A. and MacDonald
C.J. (*ad hoc*))

Appeal allowed: Royal Insurance Company of Canada and The Continental Insurance Company of Canada ordered to defend

July 11, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

25455 KARLHEINZ HAAS v. JEAN GRINYER (Ont.)

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

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

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

NATURE OF THE CASE

Property law - Mortgages - Whether Court of Appeal erred in dismissing an appeal of a motion to stay the enforcement of a writ of possession.

PROCEDURAL HISTORY

JUDGMENTS ON APPLICATIONS
FOR LEAVE

JUGEMENTS RENDUS SUR LES DEMANDES
D'AUTORISATION

January 5, 1994
Ontario Court (General Division) (Fleury J.)

Motion for summary judgment granted; writ of possession granted

October 26, 1995
Court of Appeal for Ontario (Catzman J.A.)

Motion to stay enforcement of writ of possession dismissed

May 2, 1996
Court of Appeal for Ontario
(Finlayson, McKinlay and Carthy JJ.A.)

Appeal dismissed

August 29, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

25461 KARLHEINZ HAAS AND MONIKA HELLER v. JILL S. BERLET AND KIESWETTER MOTORS INC. (Ont.)

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

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

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

NATURE OF THE CASE

Torts - Motor vehicles - Trial - Evidence - Whether the trial judge erred in his instructions to the jury - Whether the jury erred in ignoring those instructions - Whether a surveillance videotape should have been admitted into evidence - Whether the Applicants could have received a fair trial from the jury.

PROCEDURAL HISTORY

October 28, 1992 Ontario Court (General Division) (Salhany J.)	Applicants awarded damages
Ontario Court (General Division) (O'Brien, Dunnett, Stayshyn, JJ.A.)	Applicants' appeal dismissed
May 22, 1996 Court of Appeal for Ontario (Brooke, McKinlay, Osborne JJ.A.)	Applicants' application for leave to appeal dismissed
September 3, 1996 Supreme Court of Canada	Application for leave to appeal filed

25458 BARRY BITANGO v. DONNA M. MURRAY (Alta)

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

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

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

NATURE OF THE CASE

Procedural law - Appeals - Torts - Negligence - Occupiers' liability - Whether Court of Appeal erred in concluding that the trial judge made errors of an overriding and palpable nature such that the Court of Appeal was entitled to intervene in the trial judgment and substitute its own opinion - When may an appellate court interfere with the overall findings of a trial judge where key issues at trial include the credibility of the Plaintiff - When may an appellate court interfere with the overall findings of a trial judge?

PROCEDURAL HISTORY

July 19, 1994
Court of Queen's Bench for Alberta (Montgomery J.)

Respondent's action dismissed

August 1, 1996
Court of Appeal of Alberta
(Harradence, Hetherington and Foisy JJ.A.)

Appeal allowed

September 3, 1996
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

24291 LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE c. COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE CHAUVEAU, COMMISSION SCOLAIRE ANCIENNE-LORETTE-MONTCALM, COMMISSION SCOLAIRE DE LA JEUNE-LORETTE et LOUISETTE GÉRYAIS, JEAN-MARC ROUETTE ET DANNY ROUETTE, LE SYNDICAT DU PERSONNEL DE L'ENSEIGNEMENT CHAUVEAU, OFFICE DES PERSONNES HANDICAPÉES DU QUÉBEC ET ASSOCIATION DU QUÉBEC POUR L'INTÉGRATION SOCIALE (Qué.)

CORAM: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin

La demande de prorogation de délai est accordée et la demande de réexamen est rejetée avec dépens.

The application for an extension of time is granted and the motion for reconsideration is dismissed with costs.

8.11.1996

Before / Devant: LE JUGE EN CHEF LAMER / CHIEF JUSTICE LAMER

Demande pour obtenir des directives

DANS L’AFFAIRE DE l’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26;

ET DANS L’AFFAIRE D’UN renvoi par le gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996. /

REFERENCE RE: Secession of Québec from Canada (Ont.)(25506)

Motion for directions

Jean-Marc Aubry, c.r., et Warren Newman, pour la requête / for the motion.

ACCORDÉE / GRANTED

SUR REQUÊTE pour directives présentée par le procureur général du Canada en vue d’obtenir une ordonnance (a) ordonnant que le procureur général du Canada ait la conduite du renvoi et soit responsable de la préparation et du contenu du dossier; (b) formulant les questions constitutionnelles soulevées dans le renvoi et donnant les directives requises pour la signification desdites questions constitutionnelles aux procureurs généraux des provinces et aux ministres de la Justice des gouvernements des territoires; (c) ordonnant que le dossier soit déposé et signifié au plus tard le 30 décembre 1996; (d) ordonnant que le mémoire du procureur général du Canada soit déposé et signifié au plus tard le 30 janvier 1997; (e) ordonnant que le mémoire de tout avocat nommé par la Cour conformément à l’alinéa 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, si un avocat est ainsi nommé, soit déposé et signifié au plus tard le 27 mars 1997; (f) ordonnant que les mémoires des intervenants soient déposés et signifiés au plus tard le 24 avril 1997; (g) ordonnant que ce renvoi soit inscrit pour audition au cours de la semaine commençant le 23 juin 1997;

APRÈS LECTURE de la requête pour directives et audition des représentants du procureur général du Canada;

ET APRÈS AVOIR été avisé que le paragraphe (g) de cette requête a été retiré;

J’ORDONNE que:

1. Le paragraphe (a) de la requête soit accordé.
IT IS HEREBY ORDERED that:

1. Paragraph (a) of the motion is granted.
2. Le paragraphe (b) de la requête soit rejeté. Cependant, le procureur général du Canada doit signifier, bien qu’il n’y ait pas de question constitutionnelle formulée en vertu de la règle 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, une copie du décret C.P. 1996-1497 aux procureurs généraux des provinces et les ministres de la Justice des

UPON A MOTION for directions by the Attorney General of Canada to obtain an order (a) directing that the Attorney General of Canada have carriage of the Reference, and be responsible for the preparation and contents of the Case on Appeal; (b) stating the constitutional questions raised by the Reference and giving directions for service upon the Attorneys General of the provinces and the Ministers of Justice of the governments of the territories; (c) directing that the Case on Appeal be filed and served on or before the 30th day of December, 1996; (d) directing that the factum of the Attorney General of Canada be filed and served on or before the 30th day of January, 1997; (e) directing that the factum of any counsel appointed by the Court pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*, if one is so appointed, be filed and served on or before the 27th day of March 27, 1997; (f) directing that the factums of the interveners be filed and served on or before the 24th day of April, 1997; (g) directing that the Reference be inscribed for hearing during the week commencing on the 23rd day of June, 1997;

HAVING READ the motion for directions and heard the representatives of the Attorney General of Canada;

AND HAVING BEEN advised that paragraph (g) of this motion has been withdrawn;

gouvernements des territoires; ceux-ci peuvent intervenir en respectant les délais établis par les règles de la Cour à la règle 18.

2. Paragraph (b) of the motion is refused. However, even though no constitutional questions have been stated under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the Attorney General of Canada must serve a copy of Order in Council P.C. 1996-1497 on the Attorneys General of the provinces and the Ministers of Justice of the governments of the territories; the latter may intervene within the time limits set out in Rule 18 of the Rules of the Court.

3. No directions are necessary with respect to paragraphs (c) and (d) of the motion, since the Rules of the Court apply thereto.

4. Le paragraphe (f) de la requête soit déterminé à la suite des ordonnances autorisant les interventions.

5. Le paragraphe (e) de la requête est prématuré.

3. Aucune directive n'est nécessaire quant aux paragraphes (c) et (d) de la requête, puisque les règles de la Cour s'appliquent à ceux-ci.

4. Paragraph (f) of the motion will be determined following the orders granting leave to intervene.

5. Paragraph (e) of the motion is premature.

14.11.1996

Before / Devant: CORY J.

Motion for additional time to present oral argument

Roger James Parry

v. (25075)

Her Majesty The Queen (N.S.)

GRANTED / ACCORDÉE

The appellants Roger James Parry and Gerald James Phillips are to have one hour each to make their submissions on this appeal.

This order is subject to the condition that these submissions are to be distinct in that they are to raise different issues. They must not duplicate each other or be repetitious in their content.

Requête en prorogation du temps accordé pour la plaidoirie

With the consent of the parties.

14.11.1996

Before / Devant: THE REGISTRAR

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

Requête en prorogation du délai imparti pour déposer le mémoire de l'intimée

Terry McDonnell

With the consent of the parties.

v. (24814)

Her Majesty The Queen (Alta.)

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to October 31, 1996.

14.11.1996

Before / Devant: LE JUGE CORY

Requête en prorogation du délai pour obtenir l'autorisation d'appel

Motion to extend the time in which to apply for leave to appeal

David Arditi

c. (25557)

Kathleen Nolan (Qué.)

DISMISSED WITH COSTS / REJETÉE AVEC DÉPENS

15.11.1996

Before / Devant: THE REGISTRAR

Hearing of miscellaneous motions

Audience sur autres requêtes

Mansour Ahani

v. (25580)

Her Majesty The Queen (Ont.)

GRANTED / ACCORDÉE

The motion for an order permitting the acceptance of a memorandum of argument in support of an application for leave to appeal notwithstanding the printing does not comply to the rules is granted.

15.11.1996

Before / Devant: CHIEF JUSTICE LAMER

Motion to extend the time in which to file the case on appeal and the appellant's factum

Her Majesty The Queen (Ont.)

Lawrence Melnichuk

v. (25071)

Requête en prorogation du délai imparti pour déposer le dossier d'appel et le mémoire de l'appelant

With the consent of the parties.

GRANTED / ACCORDÉE

UPON APPLICATION by the appellant for an order that the appeal not be deemed abandoned and for an extension of time to serve and file the case on appeal and appellant's factum

UPON CONSIDERING the materials filed by the parties in respect thereof, including the fact that the respondent consents to the application being granted;

IT IS HEREBY ORDERED:

- a) that the appeal is not deemed abandoned;
- b) that the time for filing the case on appeal is extended to no later than Friday, November 8, 1996;
- c) that the time for filing the appellant's factum is extended to no later than Friday, November 29, 1996; and
- d) that the hearing of this appeal shall be scheduled for the week of March 17, 1997.

15.11.1996

Before / Devant: CORY J.

Motion to extend the time in which to apply for leave to appeal

Requête en prorogation du délai de dépôt de l'autorisation d'appel

British Columbia Milk Marketing Board

v. (25574)

Bari Cheese Ltd. et al. (B.C.)

GRANTED / ACCORDÉE

Order will go extending the time to apply for leave to appeal to 35 days from October 28, 1996.

The costs of this application will be payable to the respondent as soon as they are taxed or agreed upon.

15.11.1996

Before / Devant: CORY J.

Motion to strike out an affidavit

Requête en radiation d'un affidavit

Her Majesty The Queen in right of Ontario

v. (25482)

Victoria Matthews (Ont.)

GRANTED / ACCORDÉE

I have read the affidavit of Kenneth Kirchner the Manager of Maintenance Operations for the Ministry of Transportation for the Province of Ontario.

Essentially it seeks to introduce evidence in a very broad and sweeping manner as to the public importance of the appeal for which leave is sought. Much of it may be helpful in this regard.

Apparently none of this evidence was introduced at the trial of this action or on appeal.

Paragraph 15 expresses the opinion of Mr. Kirchner, an engineer as to the significance of the decisions at trial on appeal. That is a matter which should be dealt with in the factum and not by this affidavit. Paragraph 15 will be struck out.

The applicant respondent will have leave to cross-examine on the balance of the affidavit if advised.

That cross-examination should be conducted as soon as it may conveniently be arranged.

The time for the applicant to file his response to the application for leave to appeal is extended to a date 30 days after the transcript of the cross-examination is made available to the applicant.

If a cross-examination is not undertaken within a reasonable time then the applicant will file his response to the application for leave to appeal no later than Friday the 20th of December 1996.

The costs of this application will be to the applicant in the cause.

19.11.1996

Before / Devant: THE REGISTRAR

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

Meeker Log and Timber Ltd. et al.

v. (25483)

The Owners and all others interested in the Ship "Sea Imp VIII" et al. (B.C.)

Requête en prorogation du délai imparti pour déposer la réponse d'un intimé

With the consent of the parties.

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to November 18, 1996.

19.11.1996

Before / Devant: THE REGISTRAR

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

Her Majesty The Queen

v. (25160)

Csaba Osvath (Ont.)

Requête en prorogation du délai imparti pour déposer le mémoire de l'intimé

With the consent of the parties.

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to November 22, 1996.

20.11.1996

Before / Devant: THE REGISTRAR

Motion to extend the time in which to file the appellants' factum

Robin Susan Eldridge et al.

v. (24896)

Attorney General of B.C. et al. (B.C.)

GRANTED / ACCORDÉE Time extended to November 15, 1996.

20.11.1996

Before / Devant: GONTHIER J.

Motion to extend the time in which to apply for leave

Edgar Arnold Garcia et al.

v. (25450)

The United States of America (Ont.)

Requête en prorogation du délai imparti pour obtenir l'autorisation d'appel**GRANTED / ACCORDÉE** Time extended to December 13, 1996.

20.11.1996

Before / Devant: LE JUGE GONTHIER

Requête en prorogation du délai imparti pour obtenir l'autorisation d'appel

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles

c. (25617)

J.M. Asbestos Inc. (Qué.)

ACCORDÉE / GRANTED Délai prorogé au 12 novembre 1996.**Requête en prorogation du délai imparti pour déposer le mémoire des appelants**

With the consent of the parties.

Motion to extend the time in which to apply for leave

Avec le consentement des parties.

5.11.1996

Margaret Ann Malott

v. (25613)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)

AS OF RIGHT

31.10.1996

Doris Bekoe

v. (25615)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)

AS OF RIGHT

18.11.1996

André Côté et al.

c. (25262)

**George Addy, directeur des enquêtes et
recherches nommé en vertu de la Loi sur la
concurrence (C.A.F.)**

20.11.1996

Roderick Peddle

v. (25627)

Her Majesty The Queen (Crim.)(Nfld.)

AS OF RIGHT

**NOTICE OF DISCONTINUANCE
FILED SINCE LAST ISSUE**

**AVIS DE DÉSISTEMENT DÉPOSÉS
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

20.11.1996

Pacific Cassiar Ltd.

v. (25494)

Energy Resources Conservation Board et al. (Alta.)

(motion)

**PRONOUNCEMENTS OF APPEALS
RESERVED**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES
APPELS EN DÉLIBÉRÉ**

Reasons for judgment are available

Les motifs de jugement sont disponibles

NOVEMBER 21, 1996 / LE 21 NOVEMBRE 1996

24883 **EDWARD FRANK DAWSON v. HER MAJESTY THE QUEEN** (Crim.)(N.S.)

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

The appeal is dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Le pourvoi est rejeté. Les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

24520 **BOMA MANUFACTURING LTD. and PANABO SALES LTD. v. CANADIAN IMPERIAL
BANK OF COMMERCE** (B.C.)

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

The appeal is allowed with costs throughout, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the trial judgment against the CIBC is restored for the full amount of the cheques in question, that is \$91,289.54 plus interest, La Forest and McLachlin JJ. dissenting. The cross-appeal is dismissed with costs.

Le pourvoi principal est accueilli avec dépens dans toutes les cours, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du juge de première instance ordonnant à la CIBC de payer le plein montant des chèques en cause, soit la somme de 91 289,54 \$ plus les intérêts, est rétabli, avec dissidence de la part des juges La Forest et McLachlin. Le pourvoi incident est rejeté avec dépens.

24784 **SHAUN EDWARD ROCKEY v. HER MAJESTY THE QUEEN** (Crim.)(Ont.)

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.

24309 **LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LA RÉGIE DES ALCOOLS, DES COURSES ET DES
JEUX c. 2747 - 3174 QUÉBEC INC.** (Qué.)

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

L'appel est accueilli, le jugement de la Cour d'appel et celui de la Cour supérieure sont infirmés, la requête en évocation est accueillie et la décision de la Régie des permis d'alcool du 17 février 1993 révoquant les permis d'alcool détenus par l'intimée est annulée, le tout avec dépens en faveur de l'intimée.

The appeal is allowed, the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court are set aside, the motion in evocation is granted and the decision of the Régie des permis d'alcool of February 17, 1993 cancelling the respondent's liquor permits is quashed, the whole with costs to the respondent.

24135/24134 **DAVID JOHN COOPER v. CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION and CANADIAN
AIRLINES INTERNATIONAL LTD. AND BETWEEN NOEL EDWIN BELL v. CANADIAN
HUMAN RIGHTS COMMISSION and CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.**
(F.C.A.)

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

The appeals are dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Les pourvois sont rejetés. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

SUSIE ADLER, MARK GROSSMAN, PAULA KEZWER, MARCY RAPP AND RIKY YOUNG v. HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF ONTARIO, THE MINISTER OF EDUCATION AND THE MINISTER OF HEALTH and between LEO ELGERSMA, HARRY POTT, RAYMOND DOSTAL, HARRY FERNHOUT and ONTARIO ALLIANCE OF CHRISTIAN SCHOOL SOCIETIES v. THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, THE MINISTER OF EDUCATION and THE MINISTER OF HEALTH and THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, THE ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN, THE ONTARIO MULTI-FAITH COALITION FOR EQUITY IN EDUCATION, THE ONTARIO FEDERATION OF INDEPENDENT SCHOOLS, THE METROPOLITAN TORONTO SCHOOL BOARD AND ONTARIO PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSOCIATION, and THE CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION (Ont.)(24347)

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

The appeal is dismissed with costs, McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting. The constitutional questions are answered as follows:

Question 1: Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under ss. 11(3)(a) and 11(3)(b) thereof, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by not providing funding to religious-based independent schools?

Answer: No.

Question 2 (a): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under ss. 11(3)(a) and 11(3)(b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to public school boards but not to religious-based independent schools?

Answer: No. L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. would answer yes.

Question 2 (b): Do the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, together with the annual General Legislative Grants promulgated under ss. 11(3)(a) and 11(3)(b) thereof, infringe or deny the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by providing funding to Roman Catholic separate school boards but not to religious-based independent schools?

Answer: No. It is not necessary for L'Heureux-Dubé J. to answer this question.

Question 3: If the answer to Question 1 or 2 is in the affirmative, is the non-funding of religious-based independent schools justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question. McLachlin J. would answer yes. L'Heureux-Dubé J. would answer no.

Question 4 (a): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: No. It is not necessary for L'Heureux-Dubé J. to answer this question.

Question 4(b): Does s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, made under s. 45 of the *Health Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. H.6, infringe the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian*

Charter of Rights and Freedoms by prescribing school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school?

Answer: No. L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. would answer yes.

Question 5: If the answer to Question 4(a) or 4(b) is in the affirmative, is the prescribing of school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a religious-based independent school justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question. L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. would answer no.

Le pourvoi est rejeté avec dépens. Le juge McLachlin est dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

Question 1: Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et 11(3)b) de cette loi, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Non.

Question 2a): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et 11(3)b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles publiques mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Non. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin répondraient oui.

Question 2b): Les définitions des termes «conseil» et «école» figurant au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, de même que les subventions générales annuelles accordées en vertu des al. 11(3)a) et 11(3)b) de cette loi, portent-elles atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prévoyant le financement des conseils d'écoles catholiques romaines séparées mais non celui des écoles confessionnelles indépendantes?

Réponse: Non. Il n'est pas nécessaire pour le juge L'Heureux-Dubé de se prononcer sur cette question.

Question 3: En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l'omission de financer les écoles confessionnelles indépendantes est-elle justifiée en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Le juge McLachlin répondrait oui. Le juge L'Heureux-Dubé répondrait non.

Question 4a): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?

-
- Réponse: Non. Il n'est pas nécessaire pour le juge L'Heureux-Dubé de se prononcer sur cette question.
- Question 4b): L'article 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, pris en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-santé*, L.R.O. 1990, ch. H.6, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en prescrivant, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante?
- Réponse: Non. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin répondraient oui.
- Question 5: En cas de réponse affirmative à la question 4a) ou 4b), le fait de prescrire, à titre de services assurés, des services pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, est-il justifié en tant que limite raisonnable conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin répondraient non.
-

Leo Elgersma, et al v. Attorney General for Ontario, et al - and between - Susie Adler, et al v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario, et al (Ont.) (24347)

Indexed as: *Adler v. Ontario / Répertoire: Adler c. Ontario*

Judgment rendered November 21, 1996 / Jugement rendu le 21 novembre 1996

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

Constitutional law -- Charter of Rights (freedom of religion (s. 2(a)) and equality rights (s. 15(1))) and Constitution Act, 1867 (education rights of Roman Catholics and Protestants in Ontario and Quebec respectively (s. 93)) -- Education funding -- Dissident religion-based schools -- Secular and Roman Catholic schools receiving both funding and School Health Support Services for disabled students -- Dissident religion-based schools receiving neither -- Whether denial of funding to religion-based independent schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion -- If so, whether justified under s. 1 -- Whether denial of funding to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter -- If so, whether justified under s. 1 -- Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of s. 2(a) Charter guarantee of freedom of religion -- If so, whether justified under s. 1 -- Whether denial of School Health Support Services to dissident religion-based schools an infringement of equality provisions of s. 15 of the Charter -- If so, whether justified under s. 1 -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15(1), 27 -- Constitution Act, 1867, s. 93(1), (2), (3), (4) -- Education Act, R.S.O., c. E.2, s. 1(1), 21(1)(a), (b), (2)(a), 70(1)(a), (b) -- R.R.O. 1990., Reg. 552, s. 13(1), 14(1), (2).

The appellants, by reason of religious or conscientious beliefs, send their children to private religious schools. The "Adler appellants" sought a declaration that non-funding of Jewish schools in Ontario was unconstitutional. The "Elgersma appellants" sought, among other relief, a declaration that the non-funding of independent Christian schools infringed their *Charter* rights. Both applications included claims with respect to the School Health Support Services Program ("SHSSP") which provides health support services at school to students. The trial judge found that the appellants' religious and equality rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were infringed but that the legislation was justified under s. 1. The Court of Appeal found that s. 2(a) of the *Charter* did not provide a positive entitlement to state support for the exercise of one's religious practice and that any infringement was justified under s. 1. The majority found that there was not sufficient factual foundation with respect to the School Health Support Services Program.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the definitions of "board" and "school" in s. 1(1) of the *Education Act*, together with the annual general legislative grants, infringe or deny the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing funding to dissident religion-based schools, and if so, is this non-funding justified under s. 1, and (2), whether s. 14 of Regulation 552, R.R.O. 1990, which prescribed school health support services as insured services to an insured person who is placed in a special education program in a "school" as defined in s. 1(1) of the *Education Act*, but not to an insured person in a dissident religion-based school, infringes or denies the appellants' freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* or their s. 15(1) equality rights by not providing these services to dissident religion-based independent schools, and if so, was this withholding of services justified under s. 1.

Held (McLachlin J. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Funded Education

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is the product of a historical compromise crucial to Confederation and forms a comprehensive code with respect to denominational school rights which cannot be enlarged through the operation of s. 2(a) of the *Charter*. It does not represent a guarantee of fundamental freedoms. The appellants, given that they cannot bring themselves within the terms of s. 93's guarantees, have no claim to public funding for their schools. To decide otherwise by accepting the appellants' claim that s. 2(a) requires public funding of their dissident religion-based schools would be to hold one section of the Constitution violative of another.

Section 93(1) requires the Ontario government to fund Roman Catholic separate schools fully. The claim that the government's choice to fund Roman Catholic separate schools but not other religious schools contravened the equality provisions of s. 15(1) of the *Charter* should be rejected for two reasons. First, the decision falls "fairly and squarely" within s. 29 of the *Charter* which explicitly exempts from *Charter* challenge all rights and privileges "guaranteed" under the Constitution in respect of denominational, separate or dissident schools. Second, the decision is nonetheless "immune" from *Charter* review because it was made pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. One part of the Constitution cannot be used to interfere with rights protected by a different part of that same document.

Public schools are contemplated by the terms of s. 93, as it applies to Ontario. In order to claim the protection of s. 93, it must be shown that there was a right or privilege with respect to denominational schooling which was enjoyed by a class of persons by law at the time of union. This section raised denominational school rights and privileges, which were created by ordinary pre-Confederation legislation and which were equated by that legislation with those of the public schools, to the status of constitutional norms. The result is that public schools are part and parcel of s. 93's comprehensive code. Accordingly, public schools are impliedly but nonetheless clearly within the terms of the regime set up by s. 93 and, consequently, receive a protection against constitutional or *Charter* attack. This protection exists despite the fact that public school rights are not themselves constitutionally entrenched. It is the province's plenary power to legislate with regard to public schools which are open to all members of society without distinction that is constitutionally entrenched.

The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1). The province's legislative power is not limited to the public and Roman Catholic school systems. However, legislation in respect of education could be subject to *Charter* scrutiny whenever the government decides to go beyond the confines of this special mandate to fund Roman Catholic separate schools and public schools.

Per Sopinka and Major JJ.: Nothing in s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867* restricts extending funding to others. This provision specifically contemplates the exercise of the plenary power to create a "System of Separate or Dissident Schools" where one does not exist. Neither the legislation funding public schools nor legislation extending funding to the appellants' schools would be within the terms of s. 93(3). It would not affect any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority and it would not establish a system of separate or dissentient schools.

When the province exercises its plenary power outside of the areas specified in s. 93(1) and s. 93(3), any distinctions violating the *Charter* are not "expressly permitted" or even contemplated. Legislation in such cases is no different than legislation under any of the heads of s. 92. Giving effect to the *Charter* will not invalidate any power conferred by s. 93.

Certain rights and privileges of the Protestant majoritarian schools do not *ipso facto* receive constitutional protection because they are relevant in identifying the rights and privileges of Roman Catholic schools. The rights and privileges of public schools are merely the benchmarks for ascertaining the rights and privileges of separate schools. Certain provisions of pre-Confederation statutes gave separate schools the same rights as enjoyed by public schools. While the terms of those statutes are relevant to ascertain what these rights and privileges are, the statutes themselves are not given constitutional status. Only the rights and privileges of separate schools are given constitutional protection.

Legislation under the plenary power relating to funding for secular schools is not insulated from *Charter* attack. In this regard such legislation is no different in character than legislation passed under any of the powers in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The exercise of the plenary power in relation to the matters specifically authorized by s. 93(3), however, is immune. Section 93(3) specifically authorizes distinctions to be made that would otherwise contravene the *Charter*. The plenary power itself was no different in character than any of the powers in s. 92.

Some overlap exists between the claims based on s. 2(a) and s. 15 of the *Charter*. Neither section is infringed even if the non-funding of private religious schools imposes an economic disadvantage in relation to parents who send their children to secular public school. Nothing in the *Education Act* relating to mandatory education *per se* involves a breach of appellants' rights under s. 2(a) of the *Charter*. The Act allows for the provision of education within a religious school or at home and does not compel the appellants to act in any way that infringes their freedom of religion.

The distinction made between the Roman Catholic schools and other religious schools is constitutionally mandated and cannot be the subject of a *Charter* attack. The legislation is not the source of any distinction amongst all the groups whose exercise of their religious freedom involves an economic cost. Any disadvantage flows exclusively from their religious tenets. Failure to act in order to facilitate the practice of religion cannot be considered state interference with freedom of religion. Not providing funding for private religious education does not infringe the freedom to educate children in accordance with religious beliefs where there is no restriction on religious schooling. Moreover, the cost of sending their children to private religious schools is a natural cost of the appellants' religion and does not, therefore, constitute an infringement of their freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*.

The distinction in the *Education Act* between public and private school funding does not meet the threshold stage of the s. 15 inquiry. The Act, as well, does not give rise to adverse effect discrimination. No distinction is made between the appellants and other groups on the basis of a particular characteristic common to the appellants. That the appellants feel compelled to send their children to private school because of a personal characteristic (religion) with the effect that they are unable to benefit from publicly funded schooling is not an effect arising from the statute.

If the distinctions relied on by the appellants do not arise as a result of the legislation, no governmental action is involved to which s. 15 can attach. No government action compelled the appellants to send their children to private,

religious-based independent schools. They were free to send their children to secular public schools maintained at public expense. Their decision not to do so was solely a response to their religious beliefs and not a result of any government action.

The threshold stage of a s. 15 inquiry is not met and there is no distinction to consider in the second stage, namely as to whether or not discrimination results from such a distinction. No distinction based on personal characteristics was shown to be drawn by the *Education Act* (either directly or indirectly) between the appellants and others. Not being able to take advantage of the public school system does not result from the *Education Act* but rather from the combination of the appellants' religious beliefs and the imperatives of the *Charter* as they apply to the exercise of the province's plenary power over education.

Even if the appellants had succeeded in showing that the legislation created a distinction, they would not have succeeded in demonstrating that this distinction amounts to discrimination on the basis of religion. The only ground of distinction in this case is between "public" institutions, which are funded by the government, and "private/independent" institutions, which do not receive funding from the government. No private schools receive funding whether they are religious or secular. No religion is given preferential treatment within the system. The distinction between "private" and "public" institutions is neither an enumerated nor an analogous ground in s. 15 of the *Charter*.

Per McLachlin J. (dissenting in part): Section 93 of the *Constitution Act, 1867* is not a code ousting the operation of the *Charter* and was not intended to do more than guarantee school support for the Roman Catholic or Protestant minorities in Ontario and Quebec respectively. Provinces exercising their plenary powers to provide education services must, subject to this restriction, comply with the *Charter*.

The s. 2(a) *Charter* guarantee of freedom of religion was not infringed. The requirement of mandatory education does not conflict with the constitutional right of parents to educate their children as their religion dictates. The *Education Act* does not require children to attend either secular or Roman Catholic schools. Indeed, s. 21 excuses children from school attendance if they are receiving satisfactory instruction elsewhere. In determining the content of the guarantees contained in the *Charter*, the courts must look to the history of the values it enshrines. That history provides no support for extending the guarantee of freedom of religion to the provision of equal funding for religious practices, like religious education. Freedom of religion does not entitle one to state support for one's religion.

The argument that the s. 15 equality provisions of the *Charter* was infringed by the unequal funding provided Roman Catholic schools was untenable given the special constitutional bargain protecting funding for Roman Catholic schools in Ontario at the time of Confederation. Section 15 was nevertheless infringed because of the unequal funding *vis-à-vis* funded secular schools. Although the public school system is neutral on its face, the funding system nevertheless results in adverse effect discrimination in that it has the effect of denying a benefit to those whose religions do not permit their adherents to send their children to public secular schools. This adverse effect discrimination is caused by the *Education Act* and not by the appellants' religion. The law proceeds from the premise that the individual is entitled to equal treatment in spite of those differences. The state cannot "blame" the person discriminated against for being of the status or for having chosen the status which leads to the denial of benefit.

The encouragement of a more tolerant harmonious multicultural society constitutes a pressing and substantial objective capable, provided its effect is duly proportionate, of justifying the infringement of s. 15. The public school system represents the most promising potential for realizing a more fully tolerant society. The legislative scheme promotes the objective sought. The denial of funding to separate schools is rationally connected to the goal of a more tolerant society. It is impossible to say whether a less intrusive measure, such as partial funding for private religious schools, might achieve the same objective with less infringement of the guarantee of freedom of religion. Given the deference accorded the legislature on social issues, the minimal impairment test is met. The effect of denying funding to independent religious schools was proportionate to the objective sought.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The only school support guaranteed by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* is that required of Ontario and Quebec to their respective Roman Catholic and Protestant minorities. Provinces exercising their plenary powers to provide education must, subject to this requirement, comply with the *Charter*.

The failure to fund the independent religious schools does not constitute a limit on the guarantee of freedom of religion. Given the exemption from public education included in its s. 21, the *Education Act* does not compel the appellants to violate the tenets of their religion with respect to education. The denial of a benefit on the basis of the appellants' religion is more appropriately addressed under s. 15 of the *Charter*.

An individual, to make out a violation of his or her rights under s. 15(1) of the *Charter*, must demonstrate: (1) a legislative distinction; (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15. The examination of whether the distinction is discriminatory should be undertaken from a subjective-objective

approach, i.e., from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member. In determining whether discrimination has occurred, it is necessary to reconstruct the context in which the distinction arises. Two categories of factors prove particularly instructive: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. This approach is primarily effects-oriented in its contextual determination of the impact of the legislation in question on a particular group. Inherent in this model is a recognition of the importance of adverse impact discrimination in present-day society.

The legislature creates a distinction between the appellants and others who are able to access publicly funded education in the surrounding social context. As found at trial, remaining a member of the particular religious communities in question and acting in accordance with the tenets of these faiths required that the children be educated in a manner consistent with the faith and therefore outside of the public or Roman Catholic schools. Control over the education of their children was essential to the continuation of the religious communities in question. This distinction results in the denial of the claimants' s. 15 right to equal benefit of the law on the basis of their membership in an identifiable group.

State action which discriminates on the basis of religion cannot be excused on the grounds that religion is a choice and that the individuals may choose to avoid the negative impact which arises from the state's response to their religious identity. Discrimination on the basis of religion would become an empty concept.

The degree of choice which a person may be expected to have in identifying with a particular group, while relevant to a determination of discrimination, must be assessed from the subjective-objective perspective. In this case the appellants would see themselves as not having a choice.

Section 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious "choice" that individuals make. Section 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, are not impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a).

Accommodation as understood in human rights law is applicable to the rights enumerated in s. 15 of the *Charter*. The exemption for religious parents contained in s. 21 of the *Education Act* does not constitute the accommodation necessary under s. 15 to ensure equal access in real terms. Rather, it addresses the potential coercive aspect of mandatory secular education alone, and thus allows the impugned legislation to meet the requirements of s. 2(a). In a case of unequal benefit, accommodation will mean taking the steps necessary to ensure access of these parents without discrimination. Given the complete denial of this benefit to those who cannot access it for religious reasons, the equal benefit of a publicly funded education has been denied the appellants on the basis of a distinction which relates to their membership in an identifiable group.

This distinction is capable of promoting or perpetuating a view that the appellants are, by virtue of their religious beliefs, less capable or worthy of recognition or value as human beings or members of Canadian society equally deserving of concern, respect, and consideration. Consideration must be given to both the nature of the group affected and the nature of the interest. Dissident minority religious groups have suffered severely from the historic disadvantage which has adhered to religious identity. They are necessarily discrete and insular minorities given the forces of secularization in society. The consequences which flow from the denial of an economic benefit are necessarily incidental to protecting the dignity and value of the appellants. Denial of any funding to the appellants constitutes not only a financial prejudice, but also a complete non-recognition of their children's educational needs and the children's and parents' fundamental interest in the continuation of their faith. In applying s. 15 in the context of the denial of funding for education to those who cannot access it for religious reasons, s. 27 of the *Charter* (dealing with the preservation and enhancement of a multicultural heritage) supports a finding that the interests at stake, the preservation and continuation of the communities in question, form interests fundamental to the purposes of the *Charter*. The *Education Act* funding scheme represents a *prima facie* violation of the s. 15 guarantee of equal benefit of the law.

While deference has been granted the state in its legislative role by the courts in undertaking a s. 1 analysis, this deference has been designed to give better effect to the general purposes of the *Charter*. Generally, where the nature of the rights infringement falls far from Charter values and where the legislative objective promotes these values, deference will be shown. As a corollary, however, where the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority as a whole, as represented by state action, courts must be vigilant to ensure that the state has demonstrated its justification for the infringement. A less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right in question. In each case, therefore, only after the objective of the legislation has been identified can the appropriate degree of deference be determined. "Social" legislation *per se* will not, in the absence of these factors, warrant deference. Indeed, cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate.

The objectives of providing free public education and of fostering tolerance are clearly pressing and substantial in a democratic society. The former objective dictates that the latter be linked to the discouragement of non-secular education. The value underlying the legislation is the provision of education in a manner which fulfills the majoritarian interests of a secular society and it is the majoritarian interests, and not the interests of vulnerable and discrete social groups, which are threatened by the funding of religious schools. The infringement, by contrast, affects members of an insular religious minority within a minority to the extent of touching upon its members' ability to maintain their practices and therefore upon its ability to survive as a community. The degree of judicial deference allowed in other cases is not warranted here. The state must clearly discharge the burdens of evidence and proof which are mandated under s. 1.

A rational connection was established between funding choices and the maintenance of universally open and religiously tolerant schools. Full funding for dissentient schools was shown to be linked to the possible outflow of a large number of students from the public school system. The legislation, however, did not minimally impair the rights in question. Complete denial of funding is the most excessive impairment possible and not one of a range of permissible alternatives. Partial funding could be provided without affecting the objectives of the legislation and would ensure a less severe impairment. It could ensure some recognition of these communities and assist in their continuation, all the while maintaining the generally secular, universal and socially tolerant nature of the public school system. Finally, the salutary effects of the legislation, being essentially financial in nature, did not outweigh the deleterious impact.

School Health Support Services

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The School Health Support Services Program is immune from *Charter* scrutiny. These services, which should be characterized as education services as opposed to health services, are designed to ensure that children with special needs have full access to the public school system. The program is therefore simply a manifestation of the Ontario government's fulfilling its mandate to provide an education designed for all members of the community. It is accordingly immune from *Charter* scrutiny. Given the characterization of these services as "education services" rather than "health services", the failure to extend these services to private religious schools does not violate either s. 2(a) or s. 15(1) of the *Charter*.

Per Sopinka and Major JJ.: The School Health Support Services are properly characterized as "education services" as opposed to strict "health services". If the appellants have no basis for claiming a right to public funding for the education provided in private schools, they have no claim for additional "educational services" available only within the public school system. There is no reason to distinguish funding for this aspect from other aspects of funding for educational purposes.

Per McLachlin J. (dissenting): The unequal treatment given disabled children attending independent religious schools flows from the religious conviction of their parents whose belief compels them to educate their children outside the public secular system. Labelling the denial of assistance as an education matter does not obviate the inequality the restriction creates. This unequal treatment is discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

The objective of promoting a more tolerant multicultural society might be capable of justifying the impugned regulation which relies on definitions contained in the *Education Act* and therefore alludes only to public secular schools and Roman Catholic schools. Rational connection is more problematic. The Regulation might be argued to be a measure to encourage disabled children of religious minorities to participate in the multicultural public school system. The infringement, however, is not minimally impaired. The cost of extending these school health services is not great and denying these services to disabled children in non-funded schools adds to their burden of coping. The discrimination effected by the Regulation is not justifiable under s. 1.

A provision should be read into Regulation 552, extending the *Education Act's* definition of "school" to include private denominational schools and broadening the Act's definition of "special education program" to include programs that are comparable to special education programs in public schools or Roman Catholic schools.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The services to disabled students provided under the *Health Insurance Act* in the public and separate schools as part of a "special education program" form an integral part of the education services funded in the province under the *Education Act*. Denying this funding as part of the complete denial of funding to these schools infringes s. 15 of the *Charter*. Providing services which make it possible for disabled students to attend publicly funded schools furthers the objectives of the *Education Act* in creating a non-discriminatory, universal system of education. The denial of the health support program, however, is not rationally connected to the objectives of providing universal education without discrimination. Furthermore, denying disabled children access to the independent schools will not, in any significant way, further enhance the social diversity and harmony in the public school system because religious reasons prevent their parents from sending them to the secular system in any event. It was unnecessary to undertake a determination of whether a minimal impairment has been imposed or whether the effects are proportionate to the objective.

A provision should be read into Regulation 552 which expands the definition of “school” in the *Education Act* to include private denominational schools and extends the *Education Act*’s definition of special education programs to include those equivalent to the ones offered in the separate or public school systems.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting in part and L’Heureux-Dubé J. dissenting.

Edward M. Morgan, for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young.

David M. Brown and Elizabeth Pillon, for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and Ontario Alliance of Christian School Societies

Robert E. Charney and Hart Schwartz, for the respondents.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Peter R. Jervis and David D. Conklin, for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis and H. W. Roger Townshend, for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, Q.C., and William S. Challis, for the interveners the Metropolitan Toronto School Board and Ontario Public School Boards’ Association.

Patricia D. S. Jackson and Clare E. Burns, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Solicitors for the appellants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp and Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the appellants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout and Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Solicitors for the interveners the Metropolitan Toronto School Board and Ontario Public School Boards’ Association: Brian A. Kelsey and William S. Challis, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

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 (liberté de religion (art. 2a)) et droits à l’égalité (art. 15(1)) et Loi constitutionnelle de 1867 (droits à l’éducation des catholiques romains et des protestants en Ontario et au Québec respectivement (art. 93)) -- Financement de l’éducation -- Écoles confessionnelles dissidentes -- Écoles laïques et catholiques romaines recevant des fonds et des services de santé pour enfants d’âge scolaire destinés aux élèves

handicapés -- Écoles dissidentes ne recevant pas ce financement et ces services -- Le refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? -- Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? -- Le refus de financer les écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? -- Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? -- Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte? -- Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? -- Le refus de dispenser des services de santé pour enfants d'âge scolaire aux écoles confessionnelles dissidentes constitue-t-il une atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte? -- Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15(1), 27 -- Loi constitutionnelle de 1867, art. 93(1), (2), (3), (4) -- Loi sur l'éducation, L.R.O. ch. E.2, art. 1(1), 21(1a), b), (2)a), 70(1a), b) -- R.R.O. 1990, règl. 552, art. 13(1), 14(1), (2).

Pour des raisons de conscience ou de croyances religieuses, les appelants envoient leurs enfants à l'école confessionnelle privée. Les appelants du groupe Adler ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles juives en Ontario était inconstitutionnelle. Les appelants du groupe Elgersma ont demandé un jugement déclarant que l'omission de financer les écoles chrétiennes indépendantes portait atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Les demandes des deux groupes comportaient des revendications concernant le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire, qui prévoit la prestation de ces services à l'école. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu atteinte à la liberté de religion et aux droits à l'égalité garantis aux appelants par la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que la loi en cause était justifiée au sens de l'article premier. La Cour d'appel a statué que l'al. 2a) de la *Charte* ne conférait pas un droit positif à ce que l'État soutienne la pratique religieuse d'une personne et que toute violation était justifiée au sens de l'article premier. La cour à la majorité a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de faits relativement au programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire.

Notre Cour était appelée à répondre aux questions constitutionnelles suivantes: (1) Les définitions des termes «conseil» et «école» au par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, de même que les subventions générales annuelles accordées, portent-elles atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), en ne prévoyant pas le financement des écoles confessionnelles dissidentes, et, dans l'affirmative, cette omission de financer est-elle justifiée au sens de l'article premier? Et (2), l'art. 14 du règlement 552, R.R.O. 1990, qui prescrit, à titre de services assurés, des services de santé pour enfants d'âge scolaire à une personne assurée inscrite à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté dans une «école» au sens du par. 1(1) de la *Loi sur l'éducation*, mais non à une personne assurée dans une école confessionnelle indépendante, porte-t-il atteinte à la liberté de religion garantie aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte* ou aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par le par. 15(1), du fait qu'il ne prévoit pas la prestation de ces services aux écoles confessionnelles indépendantes dissidentes, et, dans l'affirmative, ce refus de dispenser des services est-il justifié au sens de l'article premier?

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le financement de l'éducation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et **Iacobucci**: L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est le fruit d'un compromis historique décisif quant à la Confédération et il établit, en ce qui concerne les droits relatifs aux écoles confessionnelles, un code complet dont la portée ne saurait être élargie par l'application de l'al. 2a) de la *Charte*. Il ne constitue pas une garantie de libertés fondamentales. Vu qu'ils ne peuvent pas s'assujettir aux conditions des garanties de l'art. 93, les appelants n'ont pas le droit de réclamer le financement public de leurs écoles. Statuer autrement en faisant droit à la prétention des appelants que l'al. 2a) requiert le financement public de leurs écoles confessionnelles dissidentes reviendrait à conclure qu'un article de la Constitution en viole un autre.

Le paragraphe 93(1) exige que le gouvernement de l'Ontario finance les écoles catholiques romaines séparées. Il y a lieu de rejeter, pour deux raisons, l'allégation selon laquelle le choix du gouvernement de financer les écoles catholiques romaines séparées, mais pas les autres écoles confessionnelles, contrevient aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Premièrement, la décision est «nettement» visée par le texte de l'art. 29 de la *Charte* qui soustrait explicitement à toute contestation fondée sur la *Charte* tous les droits et privilèges «garantis» en vertu de la Constitution relativement aux écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles. Deuxièmement, la décision échappe néanmoins à tout examen fondé sur la *Charte* du fait qu'elle a été prise conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation accordé aux assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. On ne saurait se servir d'une partie de la Constitution pour épiéer sur des droits protégés par une autre partie du même document.

Les écoles publiques sont prévues par le texte de l'art. 93, tel qu'il s'applique à l'Ontario. Pour revendiquer la protection de l'art. 93, il faut démontrer qu'une catégorie de personnes jouissait, en vertu de la loi, lors de l'Union, d'un droit ou d'un privilège relativement aux écoles confessionnelles. Cette disposition élève au rang de normes constitutionnelles les droits et les privilèges relatifs aux écoles confessionnelles, qui avaient été créés par des lois

ordinaires avant la Confédération et qui étaient assimilés, par ces lois, aux droits et privilèges relatifs aux écoles publiques. Il en résulte que les écoles publiques font partie intégrante du code complet de l'art. 93. Par conséquent, les écoles publiques sont implicitement mais néanmoins clairement visées par le régime établi à l'art. 93 et sont donc protégées contre toute contestation fondée sur la Constitution ou la *Charte*. Cette protection existe même si les droits relatifs aux écoles publiques ne sont pas eux-mêmes constitutionnalisés. C'est le pouvoir absolu de la province de légiférer relativement aux écoles publiques, qui sont accessibles à tous les membres de la société, sans distinction, qui est constitutionnalisé.

La province demeure libre d'exercer, comme elle l'entend, son pouvoir absolu en matière d'éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1). Le pouvoir législatif de la province n'est pas limité aux régimes d'écoles publiques et d'écoles catholiques romaines. Cependant, une loi relative à l'éducation pourrait être assujettie à un examen fondé sur la *Charte* chaque fois que le gouvernement décide d'aller au-delà de son mandat de financer les écoles catholiques romaines séparées et les écoles publiques.

Les juges Sopinka et Major: Rien dans le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne restreint le financement d'autres écoles. Il prévoit explicitement l'exercice du pouvoir absolu pour établir un «système d'écoles séparées ou dissidentes» là où il n'en existe pas. Ni la loi sur le financement des écoles publiques ni une loi prescrivant le financement des écoles des appelants ne seraient visées par le par. 93(3). Une telle loi ne porterait pas atteinte à un droit ou à un privilège de la minorité protestante ou catholique romaine et elle n'établirait pas un système d'écoles séparées ou dissidentes.

Lorsque la province exerce son pouvoir absolu en dehors des domaines mentionnés aux par. 93(1) et 93(3), une distinction qui viole la *Charte* n'est pas «expressément autorisée» ni même prévue. Dans ces cas, la situation de la loi en cause n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Appliquer la *Charte* n'invalidera aucun pouvoir conféré par l'art. 93.

Parce qu'ils sont pertinents pour déterminer les droits et privilèges des écoles catholiques romaines, certains droits et privilèges des écoles protestantes de la majorité ne bénéficient pas, par le fait même, de la protection de la Constitution. Les droits et privilèges des écoles publiques ne constituent que des points de repère pour déterminer les droits et privilèges des écoles séparées. Certaines dispositions des lois en vigueur avant la Confédération conféraient aux écoles séparées les mêmes droits que ceux dont jouissaient les écoles publiques. Bien que le texte de ces lois soit pertinent pour déterminer quels étaient ces droits et privilèges, ces lois elles-mêmes n'ont pas un statut constitutionnel. Seuls les droits et privilèges des écoles séparées étaient protégés par la Constitution.

Une loi sur le financement d'écoles laïques, adoptée en vertu du pouvoir absolu, n'échappe pas à une contestation fondée sur la *Charte*. À cet égard, la nature d'une telle loi n'est pas différente de celle d'une loi adoptée en vertu de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l'exercice du pouvoir absolu, relativement aux questions explicitement autorisées par le par. 93(3), est à l'abri d'une telle contestation. Le paragraphe 93(3) permet explicitement d'établir des distinctions qui contreviendraient par ailleurs à la *Charte*. La nature du pouvoir absolu lui-même n'était pas différente de celle de l'un ou l'autre pouvoir énuméré à l'art. 92.

Il existe un chevauchement entre les revendications fondées sur l'al. 2a) et celles fondées sur l'art. 15 de la *Charte*. Il n'y a atteinte à ni l'une ni l'autre de ces dispositions même si le non-financement des écoles confessionnelles privées crée un désavantage économique par rapport aux parents qui envoient leurs enfants à l'école laïque publique. La *Loi sur l'éducation* ne renferme rien sur l'instruction obligatoire qui comporte, en soi, une violation des droits garantis aux appelants par l'al. 2a) de la *Charte*. La Loi permet la prestation de l'enseignement dans une école confessionnelle ou à la maison, et elle ne force pas les appelants à agir d'une façon qui contrevient à leur liberté de religion.

La distinction entre les écoles catholiques romaines et les autres écoles confessionnelles est prescrite par la Constitution et ne peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La loi en cause n'est la source d'aucune distinction entre les groupes dont l'exercice de la liberté religieuse comporte un coût économique. Tout désavantage qu'ils subissent découle exclusivement de leurs principes religieux. L'omission d'agir pour faciliter la pratique de la religion ne saurait être considérée comme une ingérence de l'État dans la liberté de religion. Le non-financement de l'enseignement religieux privé ne constitue pas une atteinte à la liberté d'éduquer les enfants en conformité avec des croyances religieuses lorsqu'il n'existe pas de restriction à l'enseignement religieux. De plus, ce qu'il en coûte aux appelants pour envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées est un coût qui découle naturellement de leur religion et qui ne saurait donc constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

La distinction établie dans la *Loi sur l'éducation* entre les écoles publiques et les écoles privées quant au financement ne satisfait pas à l'étape préliminaire de l'examen fondé sur l'art. 15. De même, la Loi n'engendre pas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Aucune distinction fondée sur une caractéristique particulière commune aux appelants n'est établie entre les appelants et d'autres groupes. Le sentiment que les appelants ont d'être obligés

d'envoyer leurs enfants à l'école privée en raison d'une caractéristique personnelle (leur religion) et l'incapacité dans laquelle ils se voient de bénéficier de l'enseignement financé par l'État ne constituent pas un effet découlant de la Loi.

Si les distinctions invoquées par les appelants ne résultent pas de la loi en cause, il n'existe aucune mesure gouvernementale à laquelle peut s'appliquer l'art. 15. Aucune mesure gouvernementale n'obligeait les appelants à envoyer leurs enfants à l'école confessionnelle indépendante privée. Il leur était loisible de les envoyer à l'école laïque publique, financée par l'État. S'ils ne l'ont pas fait, c'est seulement en raison de leurs croyances religieuses et non à cause d'une mesure gouvernementale.

L'étape préliminaire d'un examen fondé sur l'art. 15 n'est pas respectée et il n'y a pas de distinction à examiner à la deuxième étape, à savoir si une discrimination résulte d'une telle distinction. On n'a pas démontré que la *Loi sur l'éducation* établit directement ou indirectement, entre les appelants et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. L'incapacité de tirer avantage du régime d'écoles publiques résulte non pas de la *Loi sur l'éducation* elle-même, mais plutôt de la combinaison des croyances religieuses des appelants et des impératifs de la *Charte* qui s'appliquent à l'exercice du pouvoir absolu de la province en matière d'éducation.

Même si les appelants avaient réussi à démontrer que la loi en cause créait une distinction, ils n'auraient pas réussi à démontrer que cette distinction constitue de la discrimination fondée sur la religion. La seule distinction qui est établie, en l'espèce, est entre les établissements «publics» financés par le gouvernement, et les établissements «privés-indépendants» qui ne le sont pas. Aucune école privée ne bénéficie d'un financement qu'elle soit confessionnelle ou laïque. Aucune religion ne jouit d'un traitement préférentiel à l'intérieur du système. La distinction entre les établissements «publics» et «privés» ne constitue ni un motif énuméré ni un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge **McLachlin** (dissidente en partie): L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'établit pas un code qui écarte l'application de la *Charte* et ne visait pas à faire plus que garantir un appui aux écoles des minorités catholiques romaines ou protestantes en Ontario et au Québec respectivement. Les provinces qui exercent leur pouvoir absolu de fournir des services d'enseignement doivent, sous réserve de cette restriction, se conformer à la *Charte*.

Il n'y a pas eu d'atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. L'exigence d'éducation obligatoire n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel des parents de faire instruire leurs enfants conformément aux préceptes de leur religion. La *Loi sur l'éducation* n'exige pas que les enfants fréquentent soit une école laïque soit une école catholique romaine. En fait, l'article 21 dispense de fréquenter l'école les enfants qui reçoivent un enseignement satisfaisant ailleurs. En déterminant le contenu des garanties de la *Charte*, les tribunaux doivent examiner l'historique des valeurs qui y sont consacrées. Cet historique ne justifie pas d'étendre la garantie de liberté religieuse à un financement égal de pratiques religieuses comme l'enseignement religieux. La liberté de religion ne confère pas à quelqu'un le droit au soutien de l'État en ce qui concerne sa religion.

L'argument que les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte* sont violés par le financement inégal fourni aux écoles catholiques romaines est insoutenable vu l'entente constitutionnelle particulière qui protégeait le financement des écoles catholiques romaines en Ontario à l'époque de la Confédération. Il y a néanmoins eu violation de l'art. 15 en raison du financement inégal par rapport à celui dont bénéficient les écoles laïques financées. Même si le régime des écoles publiques est apparemment neutre, le régime de financement engendre une discrimination par suite d'un effet préjudiciable étant donné qu'il a pour effet de refuser un avantage aux personnes dont la religion ne leur permet pas d'envoyer leurs enfants à l'école laïque publique. Cette discrimination par suite d'un effet préjudiciable résulte de l'application de la *Loi sur l'éducation*, et non de la religion des appelants. La loi part de la prémisse que la personne a droit au même traitement, malgré ces différences. L'État ne saurait «reprocher» à la victime de discrimination de se trouver dans la situation à l'origine de la négation de l'avantage en cause, ni d'avoir choisi cette situation.

Encourager l'établissement d'une société multiculturelle harmonieuse plus tolérante constitue un objectif urgent et réel susceptible de justifier la violation de l'art. 15, pourvu que l'effet de cet objectif soit bien proportionné. Le régime des écoles publiques offre les chances les plus prometteuses d'établir une société plus tolérante. Le régime législatif favorise la réalisation de l'objectif recherché. Le refus de financer des écoles séparées a un lien rationnel avec l'objectif de société plus tolérante. Il est impossible de dire si une mesure moins envahissante, comme un financement partiel des écoles confessionnelles privées, permettrait d'atteindre le même objectif avec une atteinte moins grande à la garantie de liberté de religion. Vu la retenue avec laquelle les tribunaux abordent les questions sociales, le critère de l'atteinte minimale est respecté. L'effet du refus de financer les écoles confessionnelles indépendantes est proportionné à l'objectif recherché.

Le juge **L'Heureux-Dubé** (dissidente): La seule forme de financement scolaire garantie par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle qui exige des provinces d'Ontario et de Québec qu'elles financent les écoles de leurs minorités catholiques romaines et protestantes respectives. Les provinces qui exercent leurs pouvoirs absolus en matière d'éducation doivent, sous réserve de cette exigence, se conformer à la *Charte*.

Le non-financement des écoles confessionnelles indépendantes ne constitue pas une atteinte à la garantie de liberté de religion. Comme la *Loi sur l'éducation*, en vertu de l'exemption prévue à son art. 21, dispense de la fréquentation des écoles publiques, elle ne contraint pas les appelants à violer les préceptes de leur religion en matière d'éducation. Il est plus approprié d'examiner, sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*, le refus d'accorder un bénéfice fondé sur la religion des appelants.

Pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit démontrer (1) que la loi crée une distinction, (2) que cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) que cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15. L'examen de la question de savoir si la distinction est discriminatoire devrait être effectué suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit. Pour déterminer s'il y a eu discrimination, il est nécessaire de reconstituer le contexte dans lequel se présente la distinction. Deux catégories de facteurs sont tout particulièrement instructifs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Cette démarche est principalement axée sur les effets lorsqu'elle examine dans son contexte l'incidence de la loi en question sur un groupe particulier. Ce modèle reconnaît en soi l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable à l'intérieur de notre société moderne.

Le législateur crée une distinction entre les appelants et d'autres personnes qui peuvent avoir accès au régime d'enseignement public dans le contexte social en cause. Comme l'a conclu le juge de première instance, pour continuer de faire partie des communautés religieuses particulières en cause et pour se conformer aux préceptes de leur foi, les enfants devaient être instruits d'une manière compatible avec leur foi et, par conséquent, en dehors du régime d'écoles publiques ou catholiques romaines. Le contrôle sur l'éducation des enfants est essentiel à la survie des communautés religieuses en question. Cette distinction entraîne une négation du droit au même bénéfice de la loi garanti par l'art. 15, qui est fondée sur l'appartenance des personnes invoquant ce droit à un groupe identifiable.

Une mesure de l'État qui crée de la discrimination fondée sur la religion ne saurait être excusée pour le motif que la religion est une question de choix et qu'une personne peut décider d'éviter les répercussions négatives qui découlent de la réaction de l'État à son identité religieuse. La discrimination fondée sur la religion deviendrait un concept dénué de sens.

Même s'il est pertinent pour déterminer l'existence de discrimination, le degré de choix qu'une personne pourrait avoir pour s'identifier à un groupe particulier doit être évalué suivant la norme subjective-objective. En l'espèce, les appelants considéreraient qu'ils n'ont pas le choix.

L'alinéa 2a) de la *Charte* s'intéresse avant tout aux restrictions qu'il faut apporter à une possibilité d'ingérence coercitive de l'État dans le «choix» initial objectif qu'une personne fait de sa religion. L'article 15 garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi -- liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque les droits -- ne seront pas touchées par des mesures prises par l'État d'une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l'art. 15 peuvent être d'une plus grande étendue que ceux visés à l'al. 2a).

L'accommodement en matière de droits de la personne s'applique aux droits énumérés à l'art. 15 de la *Charte*. La dispense que l'art. 21 de la *Loi sur l'éducation* offre aux parents appartenant à une religion particulière ne constitue pas l'accommodement nécessaire, en vertu de l'art. 15, pour garantir réellement un accès égal. Il répond plutôt uniquement à l'aspect coercitif potentiel de l'enseignement laïque obligatoire et permet en conséquence à la loi attaquée de satisfaire aux exigences de l'al. 2a). Dans un cas d'inégalité de bénéfice, l'accommodement emporte l'établissement des mesures qui permettront aux parents en cause de bénéficier d'un accès non discriminatoire à l'éducation. Puisqu'il y a négation complète du bénéfice, en ce qui concerne les personnes privées de ce bénéfice pour des motifs religieux, le même bénéfice de l'éducation financée par des fonds publics a été refusé aux appelants pour un motif fondé sur leur appartenance à un groupe identifiable.

Cette distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants sont, en raison de leurs croyances religieuses, moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Il faut tenir compte de la nature du groupe lésé et de la nature du droit en cause. Les groupes confessionnels minoritaires dissidents sont ceux qui ont sérieusement souffert du désavantage historique rattaché à l'identité religieuse. Ils constituent nécessairement des minorités discrètes et insulaires en raison des forces qui jouent en faveur de la laïcisation dans notre société. Les conséquences qui découlent de la négation d'un bénéfice économique sont nécessairement accessoires à la protection de la dignité et de la valeur des appelants. Le refus de tout financement aux appelants constitue non seulement un préjudice financier mais aussi une absence complète de reconnaissance des besoins pédagogiques des enfants et du droit fondamental des enfants et des parents au maintien de leur religion. Dans

l'application de l'art. 15 au contexte du non-financement de l'éducation de personnes ne pouvant y avoir accès pour des motifs religieux, l'art. 27 de la *Charte* (qui a trait au maintien et à la valorisation du patrimoine multiculturel) permet de conclure que les droits en jeu, le maintien et la survie des communautés en question, constituent des droits fondamentaux pour les fins de la *Charte*. Le régime de financement prévu dans la *Loi sur l'éducation* contrevient à première vue à la garantie du même bénéfice de la loi.

Bien que les tribunaux aient, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, fait preuve de retenue envers l'État dans l'exercice de son rôle législatif, cette retenue visait à donner davantage effet aux objectifs généraux de la *Charte*. En général, on fait preuve de retenue lorsque la nature de la violation des droits s'écarte des valeurs de la *Charte* et que l'objectif de la loi en cause favorise le respect de ces valeurs. À titre de corollaire, cependant, lorsque la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l'objectif social est de servir l'intérêt de la majorité qu'expriment les mesures prises par l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que l'État justifie la violation. Dans un tel cas, un moins grande retenue serait appropriée et l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En conséquence, ce n'est qu'après avoir établi, dans chaque cas, l'objectif de la loi qu'il est possible de déterminer le degré approprié de retenue dont il faut faire preuve. Le simple fait que la loi soit de nature «sociale» ne sera pas, en soi, en l'absence d'autres facteurs, une raison de faire preuve de retenue. En fait, rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de faire preuve de discrimination dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'enseignement public gratuit et l'encouragement à la tolérance sont clairement des objectifs urgents et réels dans une société démocratique. Le premier objectif exige que le second soit associé à la dissuasion de l'éducation non laïque. La valeur sous-jacente de la Loi est la prestation de l'éducation d'une façon qui satisfait aux droits de la majorité à l'intérieur d'une société laïque, et ce sont les droits de la majorité, et non pas ceux des groupes sociaux vulnérables et discrets, qui se trouvent menacés par le financement d'écoles confessionnelles. Par contre, la violation touche des membres d'une minorité religieuse insulaire au sein d'une minorité au point d'influer sur la capacité de ses membres de maintenir leurs pratiques et, en conséquence, sur sa capacité de survivre en tant que communauté. Le degré de retenue judiciaire permis dans d'autres affaires n'est pas justifié en l'espèce. L'État doit clairement s'acquitter du fardeau de preuve qui lui est imposé en vertu de l'article premier.

L'existence d'un lien rationnel a été établie entre les choix de financement et le maintien d'écoles accessibles à tous et tolérantes sur le plan religieux. On a démontré qu'un financement complet des écoles dissidentes pourrait entraîner un exode important des élèves du régime des écoles publiques. Cependant, la Loi ne porte pas une atteinte minimale aux droits en question. Le non-financement complet constitue l'atteinte la plus excessive possible et ne se situe pas dans la gamme des mesures possibles. Un financement partiel pourrait être accordé sans incidence sur les objectifs de la Loi et garantirait ainsi une atteinte moins grave. Cette mesure permettrait d'accorder une certaine reconnaissance à ces communautés et de les aider à survivre, tout en maintenant le caractère généralement laïque, universel et socialement tolérant du régime d'écoles publiques. Enfin, les effets bénéfiques de la Loi -- essentiellement de nature financière -- ne l'emportent pas sur l'incidence préjudiciable.

Services de santé pour enfants d'âge scolaire

Le juge en chef et les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le programme de services de santé pour enfants d'âge scolaire échappe à tout examen fondé sur la *Charte*. Ces services, qui devraient être qualifiés de services d'enseignement par opposition à des services de santé, visent à garantir que des enfants qui ont des besoins particuliers aient pleinement accès au régime d'écoles publiques. Ce programme montre simplement que le gouvernement de l'Ontario remplit son mandat d'offrir un enseignement conçu pour tous les membres de la collectivité. Il échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte*. Puisque ces services sont qualifiés de «services d'enseignement» par opposition à des «services de santé», l'omission d'étendre ces services aux écoles confessionnelles privées ne viole ni l'al 2a) ni le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges Sopinka et Major: Les services de santé pour enfants d'âge scolaire constituent davantage des «services d'enseignement» que des «services de santé» au sens strict. Si les appelants ne sont pas justifiés de revendiquer un droit au financement public de l'enseignement offert dans des écoles privées, ils ne peuvent réclamer d'autres «services d'enseignement» qui ne sont offerts qu'à l'intérieur du régime d'écoles publiques. Il n'y a aucune raison de distinguer le financement de cet aspect d'avec les autres formes de financement à des fins éducatives.

Le juge McLachlin (dissidente): Le traitement inégal accordé aux enfants handicapés qui fréquentent l'école confessionnelle indépendante résulte des convictions religieuses de leurs parents dont les croyances les forcent à faire instruire leurs enfants en dehors du régime laïc public. Dire que le refus d'aider est une question d'enseignement ne pare pas à l'inégalité engendrée par la restriction. Ce traitement inégal constitue de la discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*.

L'objectif de promouvoir une société multiculturelle plus tolérante pourrait peut-être servir à justifier le règlement attaqué qui repose sur des définitions contenues dans la *Loi sur l'éducation* et ne concerne donc que les écoles laïques

publiques et les écoles catholiques romaines. Le lien rationnel est plus problématique. On pourrait peut-être soutenir que le règlement incite les enfants handicapés appartenant aux minorités religieuses à participer au régime d'écoles publiques multiculturelles. Cependant, la violation ne constitue pas une atteinte minimale. Ce qu'il en coûterait pour étendre la prestation des services de santé pour enfants d'âge scolaire n'est pas élevé et le refus d'offrir ces services aux enfants handicapés qui fréquentent les écoles non financées a pour effet d'ajouter à leur fardeau de faire face à leur handicap. La discrimination engendrée par le règlement n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

Le règlement 552 devrait être interprété comme incluant une disposition qui élargit la définition du terme «école» donnée dans la *Loi sur l'éducation*, de manière à inclure les écoles confessionnelles privées, et qui élargit la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté», contenue dans la Loi, de manière à inclure des programmes comparables aux programmes d'enseignement à l'enfance en difficulté offerts dans les écoles publiques ou catholiques romaines.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les services offerts dans les écoles publiques et séparées aux élèves handicapés -- du fait qu'ils sont considérés comme faisant partie d'un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté -- en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*, font partie intégrante des services d'éducation financés dans la province en vertu de la *Loi sur l'éducation*. Le non-financement de ces services contrevient à l'art. 15 de la *Charte*, du fait qu'il se trouve intégré à l'absence totale de financement de ces écoles. La prestation de services qui permettent aux élèves handicapés de fréquenter les écoles publiques favorise la réalisation des objectifs de la *Loi sur l'éducation*, en créant un système d'éducation universel non discriminatoire. Cependant, le fait de priver du bénéfice du programme des services de santé n'a aucun lien rationnel avec les objectifs d'offrir un système d'éducation universel non discriminatoire. De plus, le fait de refuser à des enfants handicapés l'accès aux écoles indépendantes ne favorisera pas de façon significative la diversité et l'harmonie à l'intérieur du système scolaire public, puisque les parents de ces enfants ne peuvent de toute façon, pour des motifs religieux, envoyer leurs enfants à l'école laïque. Il est inutile de déterminer s'il y a eu atteinte minimale ou si les effets sont proportionnels à l'objectif.

Il y aurait lieu d'introduire par interprétation dans le règlement 552 une disposition qui élargit la définition du terme «école» de façon à inclure les écoles confessionnelles privées, et étend la définition de l'expression «programme d'enseignement à l'enfance en difficulté» formulée dans la *Loi sur l'éducation* de façon à inclure des programmes qui sont comparables aux programmes offerts dans les régimes d'écoles séparées ou publiques.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d)1, 116 D.L.R. (4th) 1, 73 O.A.C. 81, 22 C.R.R. (2d) 205, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Anderson (1992), 9 O.R. (3d) 676, 94 D.L.R. (4th) 417. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin dissidente en partie et le juge L'Heureux-Dubé dissidente.

Edward M. Morgan, pour les appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young.

David M. Brown et Elizabeth Pillon, pour les appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies.

Robert E. Charney et Hart Schwartz, pour les intimés.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Peter R. Jervis et David D. Conklin, pour l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education.

John A. Olthuis et H. W. Roger Townshend, pour l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools.

Brian A. Kelsey, c.r., et *William S. Challis*, pour les intervenants le Conseil scolaire de la communauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario.

Patricia D. S. Jackson et Clare E. Burns, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Procureurs des appelants Susie Adler, Mark Grossman, Paula Kezwer, Marcy Rapp et Riky Young: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs des appelants Leo Elgersma, Harry Pott, Raymond Dostal, Harry Fernhout et Ontario Alliance of Christian School Societies: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur des intimés: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.

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

Procureurs de l'intervenante Ontario Multi-Faith Coalition for Equity in Education: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Independent Schools: Morris, Rose, Ledgett, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire de la communauté urbaine de Toronto et l'Association des conseils scolaires publics de l'Ontario: Brian A. Kelsey et William S. Challis, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Boma Manufacturing Ltd., et al v. Canadian Imperial Bank of Commerce (B.C.)(24520)
Indexed as: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce /*
Répertorié: *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*
Judgment rendered November 21, 1996 / Jugement rendu le 21 novembre 1996

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

Bills of exchange -- Cheques -- Conversion -- Defences -- Companies' bookkeeper issuing series of fraudulent cheques payable to third parties and depositing them to her bank accounts -- Bookkeeper forging payees' signature on certain cheques -- Other cheques accepted by collecting bank without endorsement -- Whether collecting bank liable to companies for conversion -- Whether cheques payable to fictitious or non-existing person -- Whether collecting bank holder in due course -- Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 20(5), 165(3).

The appellants, two small, family-owned companies whose only shareholders and officers are M and his wife, were defrauded by their bookkeeper A through a series of fraudulent cheques issued over a five-year period. A, along with the two principals, was a duly authorized signing officer on the bank accounts maintained by the companies. Cheques drawn on these accounts required only one authorized signature. A used the appellants' pre-printed cheque forms to create some 155 cheques totalling \$91,289.54, payable to a number of persons connected with the appellants, including the principals, several employees, and one of the subcontractors, Van Sang Lam (all but one of the cheques payable to Lam were made to "J. Lam" or "J.R. Lam", the initials and the last name mimicking the name of A's first husband). A signed 146 of the cheques on behalf of the appellants, and fraudulently obtained M's signature on the other nine. She deposited all the cheques into one of her accounts at the respondent bank. The respondent bank's policy with respect to a customer wishing to deposit a third party cheque to her account was to require that the cheque be endorsed by the payee. However, the bank accepted 107 of the cheques payable to "J. Lam" or "J.R. Lam" for deposit without endorsement. The tellers apparently assumed that the payee was A's first husband. A forged endorsements on some of the Lam cheques, and on all of the cheques payable to other third parties. The appellants brought an action in negligence, and in the alternative, conversion, against their own bank and against the respondent. They were successful at trial, and the respondent was ordered to pay \$91,289.54. A majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal, reducing the judgment so as to reflect only the amount of the nine cheques bearing M's signature.

Held (La Forest and McLachlin JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, **Iacobucci** and Major JJ.: A bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. Title to a bill, such as a cheque, is obtained through negotiation. Once an individual has obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee. If a bank pays to its customer the amount of a cheque to which that customer is not entitled, the bank will be strictly liable to the owner of the cheque for conversion. As a matter of principle contributory negligence is not available in the context of a strict liability tort. If the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, it must be at the instance of the legislative branch.

The respondent is *prima facie* liable to the drawer for conversion in this case. The general rule is that a forged or unauthorized endorsement is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to enforce payment thereof can be acquired through or under such a signature. An exception to this rule appears in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, which provides that a bill payable to a fictitious or non-existing person may be treated as payable to bearer. A cheque payable to bearer can be negotiated by simple "delivery" to the bank; endorsement is not required. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a "holder in due course" pursuant to s. 73 of the Act despite the forged and missing endorsements and would consequently have a defence against liability for conversion. The policy underlying the fictitious person rule seems to be that a drawer who has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

Many of the cheques in question were payable to "real" persons, albeit persons to whom no money was owed by the companies. Because A, the writer of the cheques, did not intend these payees to receive the proceeds of the cheques, the Court of Appeal concluded that the drawer of the cheques intended them to be payable to bearer. The Court of Appeal erred in focussing on A's intention. It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. A is not the drawer because she cannot be said to be the guiding mind of the corporate appellants; she simply had signing authority within limited circumstances. The relevant intention in this case is that of the appellant companies, as expressed by their guiding mind.

Where a drawer is fraudulently induced by another person into issuing a cheque for the benefit of a real person to whom no obligation is owed, the cheque is to be considered payable to the payee and not to a fictitious person. Here the cheques payable to actual persons associated with the appellants were not payable to fictitious persons, and could not

be treated by the respondent bank as payable to bearer. While many of the cheques were made payable not to actual persons associated with the companies, but to "J. Lam" and "J.R. Lam", M was reasonably mistaken in thinking that the payee was an individual associated with his companies. These cheques thus could not be treated by the respondent bank as payable to bearer. While the cheques certainly were "delivered" by A to the respondent bank within the meaning of s. 2 of the Act, for negotiation to be effected endorsement by the payee was required.

Under s. 165(3) of the Act, a bank that collects a cheque for deposit to the credit of a person and that credits that person with the amount of the cheque acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque. The "person" in this section means a person who is entitled to the cheque. Consequently, s. 165(3) does not apply to the facts of this case. A was not the payee or a legitimate endorsee of the cheques in question, and accordingly she was not a "person" within the meaning of s. 165(3). Absent valid endorsements, the cheques were not validly negotiated to the bank. As a result, the respondent bank took the cheques subject to the equities of the situation. A was not entitled to the cheques, but the respondent bank credited her with the amount of those cheques. This constitutes conversion, for which the bank is strictly liable.

Per La Forest and McLachlin JJ. (dissenting on the appeal): The underlying conflict that arises when trying to decide the scope and application of s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* is that of the allocation of loss as between the accepting bank and the drawer of a fraudulent cheque. This conflict becomes ripe when it is an employee of the drawer, or a third person, who perpetrates the fraud and the loss must be borne by one of two innocent parties. As between the employer/drawer and the accepting bank, the employer/drawer should bear the risk of any loss and is in the best position to minimize that risk. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the drawer/employer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. As a matter of course, any risk of loss on the part of a large corporation is generally covered by fidelity insurance. It is also possible for large-scale fraud to be discovered through audits or other protective measures. Allocating the loss to the accepting bank removes all incentive from a corporation to pursue business practices that will minimize such losses. Furthermore, such an allocation does not fit in well with the general scheme of bills of exchange, since the essence of a bill of exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation.

Of the 155 fraudulent cheques, 41 were made out to existing employees of the appellants. With respect to the three cheques out of the 41 which A fraudulently produced and then induced M to sign, the respondent bank's defence under s. 20(5) must fail in light of this Court's decision in *Concrete Column Clamps*. However, the remaining 38 cheques prepared and signed by A, and payable by way of pretence to employees of the appellants, are payable to fictitious persons within the meaning of s. 20(5) of the Act and consequently must be treated as payable to bearer. The respondent bank is a holder in due course of these cheques and cannot be liable to the appellants for conversion. The application of the law of agency leads to the inevitable conclusion that where the fraudulent employee is a signing officer of the drawer, then his or her intent must be taken as being the intent of the drawer. While A clearly acted beyond the ambit of what the appellants had in mind when she prepared and signed cheques made out to payees who were not their creditors, it is equally clear that to the eyes of a third party she would have had the apparent authority to sign the cheques as she was an acknowledged signing officer of both companies. The intent of A is thus also the intent of the appellants, the drawer of the cheques. Assuming it is possible to do so, this is not an appropriate case for apportionment.

The test for a non-existent person under s. 20(5) is an objective one and involves a determination of whether the payee is a matter of invention and not a real person. The 114 cheques payable to D. Lam, J. Lam or J.R. Lam were payable to non-existent persons within the meaning of s. 20(5) and are therefore to be treated as payable to bearer. The respondent bank is accordingly a holder in due course of these cheques and has a complete defence against the action of the appellants. Section 165(3) should be given the interpretation adopted by Iacobucci J. both to avoid disharmony with the general scheme for cheques set out in the Act and to prevent injustice, and is thus not available as a defence to the respondent bank on the facts of this case. Since the respondent did not cross-appeal with respect to the application of s. 20(5), the judgment of the Court of Appeal should stand as is.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, varying a judgment of the British Columbia Supreme Court (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368, allowing the appellants' action in damages. Appeal allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting, and cross-appeal dismissed.

Bruce B. Clark, for the appellants.

Keith E. W. Mitchell and *H. Rhys Davies*, for the respondent.

Solicitors for the appellants: Baumgartel Gould, New Westminster, B.C.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

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

Lettres de change -- Chèques -- Détournement -- Moyens de défense -- Aide-comptable des compagnies émettant une série de chèques frauduleux payables à des tierces parties pour ensuite les déposer dans ses comptes bancaires -- Aide-comptable contrefaisant la signature des preneurs sur certains chèques -- Autres chèques acceptés sans endossement par la banque d'encaissement -- La banque d'encaissement est-elle responsable de détournement envers les compagnies? -- Les chèques étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? -- La banque d'encaissement était-elle un détenteur régulier? -- Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 20(5), 165(3).

Les appelantes, deux petites entreprises familiales dont les seuls actionnaires et dirigeants sont M et son épouse, ont été escroquées par leur aide-comptable A qui a émis une série de chèques frauduleux au cours d'une période de cinq ans. À l'instar des deux dirigeants, A était une signataire autorisée relativement aux comptes bancaires des compagnies. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. A s'est servie des formulaires de chèque préimprimés des appelantes pour rédiger quelque 155 chèques dont le montant total s'élevait à 91 289,54 \$ et qui étaient payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes, y compris les dirigeants, plusieurs employés et un sous-traitant, Van Sang Lam (tous les chèques payables à Lam étaient faits, sauf un, à l'ordre de «J. Lam» ou «J. R. Lam», les initiales et le nom de famille imitant le nom du premier mari de A). A a signé 146 des chèques pour le compte des appelantes et a frauduleusement obtenu la signature de M pour les neuf autres chèques. Elle a déposé tous les chèques dans l'un de ses comptes à la banque intimée. Dans le cas où un client souhaitait déposer à son compte le chèque d'une tierce partie, la banque intimée avait comme politique d'exiger l'endossement du chèque par le preneur. Cependant, la banque a accepté pour dépôt, sans endossement, 107 des chèques payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam». Les caissiers ou caissières ont apparemment supposé que le preneur était le premier mari de A. A a contrefait l'endossement de certains chèques à l'ordre de Lam et de tous les chèques payables à d'autres tierces parties. Les appelantes ont intenté une action pour négligence et, subsidiairement, une action pour détournement contre leur propre banque et contre l'intimée. Elles ont eu gain de cause au procès, le tribunal ordonnant à l'intimée de payer la somme de 91 289,54 \$. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimée, réduisant le montant du jugement de façon à ne refléter que les neuf chèques portant la signature de M.

Arrêt (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, **Iacobucci** et Major: Une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Le titre sur une lettre de change, comme un chèque, s'obtient par négociation. La personne qui obtient ce titre a le droit de présenter la lettre de change au tiré pour paiement, ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré. Lorsqu'une banque verse à son client le montant d'un chèque auquel il n'a pas droit, cela constitue un détournement dont elle a la responsabilité stricte envers le propriétaire du chèque. En principe, la négligence contributive ne saurait être invoquée dans le contexte d'un délit de responsabilité stricte. S'il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, ce doit être à la demande du législateur.

L'intimée est, en l'espèce, responsable à première vue de détournement envers le tireur. La règle générale veut qu'un endossement contrefait ou non autorisé n'ait aucun effet et qu'une telle signature ne confère pas le droit de garder la lettre ou d'obliger à en effectuer le paiement. Une exception à cette règle est prévue au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, qui prévoit qu'une lettre payable à une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Un chèque payable au porteur peut être négocié par simple «livraison» à la banque; il n'a pas besoin d'être endossé. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un «détenteur régulier», conformément à l'art. 73 de la Loi, même s'il y avait falsification ou absence d'endossement, et disposerait donc d'un moyen de défense opposable à une action pour détournement. Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant: si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

Bon nombre des chèques en cause étaient payables à des personnes «réelles», quoique ce fussent des personnes à qui les compagnies ne devaient pas d'argent. Parce que A, l'auteur des chèques, ne voulait pas que ces preneurs reçoivent les montants en question, la Cour d'appel a conclu que le tireur des chèques voulait qu'ils soient payables au porteur. La Cour d'appel a commis une erreur en se concentrant sur l'intention de A. C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. A n'est pas le tireur parce que l'on ne peut dire qu'elle est l'âme dirigeante des compagnies appelantes; elle était tout simplement autorisée à signer dans certaines circonstances. En l'espèce, l'intention pertinente est celle des compagnies appelantes, exprimée par leur âme dirigeante.

Lorsqu'un tireur est amené frauduleusement par une autre personne à émettre un chèque au profit d'une personne existante envers qui il n'existe aucune obligation, le chèque doit être considéré comme payable au preneur et non à une personne fictive. En l'espèce, les chèques payables à des personnes existantes ayant des liens avec les appelantes n'étaient pas payables à des personnes fictives, et la banque intimée ne pouvait pas les considérer comme payables au porteur. Même si de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à «J. Lam» et à «J. R. Lam», M a raisonnablement cru à tort que le preneur était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Ces chèques ne pouvaient donc pas être considérés par la banque intimée comme payables au porteur. Bien que les chèques aient sûrement été «livrés» par A à la banque intimée, au sens de l'art. 2 de la Loi, ils devaient, pour être négociés, porter l'endossement du preneur.

Aux termes du par. 165(3) de la Loi, lorsqu'une banque encaisse un chèque en vue de le déposer au compte d'une personne et qu'elle porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, elle acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque. La «personne» visée à ce paragraphe est une personne ayant droit au chèque. En conséquence, le par. 165(3) ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. A n'était ni le preneur ni un endossataire légitime des chèques en question et n'était donc pas une «personne» au sens du par. 165(3). Sans endossement valide, les chèques n'ont pas été valablement négociés à la banque. Par conséquent, la banque intimée a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d'exister en *equity*. A n'avait pas droit aux chèques, mais la banque intimée lui en a crédité le montant. Cela constitue un détournement dont la banque a la responsabilité stricte.

Les juges La Forest et McLachlin (dissidents quant au pourvoi principal): Le conflit sous-jacent à toute tentative de déterminer la portée et l'application du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* réside dans la répartition de la perte entre la banque qui a accepté un chèque frauduleux, et le tireur de ce chèque. Ce conflit atteint son paroxysme quand c'est un employé du tireur, ou un tiers, qui commet la fraude et que la perte doit être assumée par l'une de deux parties innocentes. En ce qui concerne l'employeur-tireur et la banque-accepteur, c'est l'employeur-tireur qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l'endossement du preneur nommé et la banque n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de la signature. En revanche, l'employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. Il va sans dire que tout risque de perte auquel est exposée une grande entreprise est généralement couvert par une assurance contre les détournements. Il est également possible de déceler la fraude sur grande échelle par des vérifications et d'autres mesures de protection. Faire assumer la perte par la banque-accepteur enlève à une société toute incitation à poursuivre des pratiques commerciales propres à réduire au minimum ces pertes. De plus, faire assumer la perte par la banque-accepteur ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres de change, puisque l'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre.

Parmi les 155 chèques frauduleux, 41 étaient payables à des employés existants des appelantes. En ce qui concerne les trois chèques, sur les 41, que A a rédigés frauduleusement, pour ensuite inciter M à les signer, le moyen de défense que la banque intimée a invoqué en vertu du par. 20(5) doit échouer, compte tenu de l'arrêt *Concrete Column Clamps* de notre Cour. Cependant, les 38 autres chèques rédigés et signés par A, et apparemment payables à des employés des appelantes, sont payables à des personnes fictives au sens du par. 20(5) de la Loi et doivent donc être tenus pour payables au porteur. La banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et ne saurait être responsable de détournement envers les appelantes. L'application du droit des mandats amène inévitablement à conclure que, lorsque l'employé malhonnête est un signataire autorisé du tireur, son intention doit alors être considérée comme étant celle du tireur. Bien qu'il soit clair que A est allée au-delà de ce que les appelantes avaient à l'esprit quand elle a rédigé et signé les chèques payables à des preneurs qui n'étaient pas leurs créanciers, il est également clair qu'aux yeux d'une tierce partie elle était apparemment autorisée à signer les chèques, car elle était une signataire reconnue des deux compagnies. L'intention de A est donc aussi l'intention des appelantes qui sont le tireur des chèques. À supposer que cela soit possible, la présente affaire ne se prête pas à une répartition de la perte.

Le critère applicable à la personne qui n'existe pas au sens du par. 20(5) est un critère objectif et consiste notamment à se demander si le preneur d'un chèque est une invention et n'est pas une personne réelle. Les 114 chèques payables à D. Lam, J. Lam ou J.R. Lam étaient payables à des personnes qui n'existaient pas au sens du par. 20(5) et doivent être considérés comme payables au porteur. Par conséquent, la banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et jouit d'un moyen de défense complet contre l'action des appelantes. Le paragraphe 165(3) devrait être interprété comme le fait le juge Iacobucci, à la fois pour éviter qu'il soit incompatible avec l'économie du régime des chèques établi dans la Loi et pour empêcher qu'une injustice ne soit commise, et d'après les faits du présent pourvoi, il ne saurait donc être invoqué comme moyen de défense par la banque intimée. Étant donné que l'intimée n'a pas formé de pourvoi incident relativement à l'application du par. 20(5), l'arrêt de la Cour d'appel doit demeurer inchangé.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, qui a modifié une décision de la Cour suprême de Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993]

7 W.W.R. 368, qui avait accueilli l'action en dommages-intérêts des appelantes. Pourvoi principal accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents, et pourvoi incident rejeté.

Bruce B. Clark, pour les appelantes.

Keith E. W. Mitchell et *H. Rhys Davies*, pour l'intimée.

Procureurs des appelantes: Baumgartel Gould, New Westminster (C.-B.).

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver.

Procureur général du Québec, et al c. 2747-3174 Québec Inc. (Qué.) (24309)
Répertorié: 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool) /
Indexed as: 2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)
Jugement rendu le 21 novembre 1996 / Judgment rendered November 21, 1996

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

Libertés publiques -- Audition impartiale par un tribunal indépendant -- Tribunaux administratifs -- Régie des permis d'alcool -- Révocation de permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique -- Structure et mode de fonctionnement de la Régie -- La Régie respecte-t-elle les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? -- Domaine d'application de l'art. 23 de la Charte -- Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23, 56(1) -- Loi sur les permis d'alcool, L.R.Q., ch. P-9.1, art. 2, 75, 86(8).

À la suite d'une audition, les régisseurs de la Régie des permis d'alcool du Québec ont révoqué les permis d'alcool de l'intimée pour cause d'atteinte à la tranquillité publique -- une sanction fondée sur l'art. 75 et le par. 86(8) de la *Loi sur les permis d'alcool* (la «Loi»). L'intimée a présenté en Cour supérieure une requête en évocation dans laquelle elle a demandé (1) l'annulation de la décision de la Régie et (2) l'invalidation de l'art. 2 de la Loi, qui établit la Régie, alléguant que cet organisme ne respectait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Cour supérieure a accueilli sa requête et, en déclarant invalide et inopérante la disposition contestée, a remis en cause l'existence même de la Régie. La cour a toutefois suspendu pour une période de 12 mois l'effet de cette déclaration d'invalidité. Le procureur général du Québec et la Régie ont interjeté appel de cette décision. En 1993, la Régie des alcools, des courses et des jeux a remplacé la Régie des permis d'alcool, mais les parties ont considéré que le débat engagé en Cour supérieure conservait toute son importance vu la ressemblance entre les deux organismes. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel et déclaré valide l'art. 2 de la Loi. La cour à la majorité a cependant déclaré invalide et inopérante la mention de l'art. 75 contenue au par. 86(8) de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, **Gonthier**, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'article 23 de la *Charte* consacre dans le contexte québécois le droit de tout citoyen à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Le terme «tribunal» employé à cet article est défini à l'art. 56(1) de la *Charte* et inclut notamment «une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires». L'article 56(1) vise tout organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires, même de façon ancillaire. L'application de l'art. 23 découle donc de la qualification préalable des fonctions en cause de l'organisme. Dans la mesure où ces fonctions sont de nature quasi judiciaire, l'organisme constitue sous cet angle un «tribunal» et doit, à l'occasion de leur exercice, se conformer aux exigences d'impartialité et d'indépendance. En l'espèce, l'art. 23 est applicable à la Régie puisque la décision de révoquer un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique constitue l'aboutissement d'un processus quasi judiciaire. Il est clair que les droits du détenteur de permis sont mis en cause par la révocation. Si la délivrance d'un permis peut, sous certains aspects, être considérée comme un privilège, sa révocation affecte substantiellement le gagne-pain de son détenteur, qui se voit privé de son droit d'exploiter son entreprise. Il est également significatif que le processus devant mener à la révocation d'un permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique s'apparente à celui qui a cours devant les tribunaux judiciaires. La Régie ne peut rendre sa décision qu'après la tenue d'une audition au cours de laquelle des témoins pourront être entendus, des pièces déposées et des représentations faites. Bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de *lis inter partes* devant la Régie, des personnes aux intérêts opposés peuvent présenter des versions contradictoires des faits à l'occasion de l'audition. Enfin, la décision de révoquer le permis pour cause d'atteinte à la tranquillité publique découle de l'application d'une norme préétablie à des faits particuliers auparavant mis en preuve, et constituera un jugement final protégé par une clause privative. Même si en rendant une telle décision la Régie peut implanter, dans une certaine mesure, une politique générale dont elle assure l'élaboration, elle le fait par le biais d'une norme imposée et précisée par la loi. L'application de cette politique à des circonstances particulières, avec l'appréciation des faits que cela suppose, constitue un acte quasi judiciaire.

Bien qu'en matière d'impartialité il y ait lieu de faire preuve de flexibilité à l'endroit des tribunaux administratifs, un examen détaillé de la structure de la Régie et de ses multiples fonctions soulève une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel. La Loi permet à des employés de la Régie d'intervenir à toutes les étapes du processus pouvant mener au retrait d'un permis d'alcool, de l'enquête jusqu'à la décision. Le cumul de plusieurs fonctions au sein d'un même organisme administratif ne pose pas nécessairement problème mais, en l'espèce, une personne bien renseignée sur le rôle des avocats de la Régie éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Bien que la Loi et les règlements ne définissent pas la tâche de ces juristes, le rapport annuel de la Régie, ainsi que la description de leur tâche auprès de la Régie, indiquent qu'ils sont appelés à étudier les dossiers afin de conseiller la Régie sur les actions à prendre, préparer les dossiers, rédiger les avis de convocation, plaider devant les régisseurs et rédiger des opinions. Le rapport annuel et le silence de la Loi et des règlements engendrent la possibilité qu'un même juriste cumule ces fonctions

dans un même dossier. Le rapport annuel ne fait état d'aucune mesure de cloisonnement entre les avocats impliqués à diverses étapes du processus. Or, l'existence de telles mesures semble essentielle dans les circonstances. La possibilité que le juriste qui a plaidé devant les régisseurs conseille par la suite ces derniers quant au même litige choque, et ce, d'autant plus que certains régisseurs ne possèdent aucune formation juridique. Une telle confusion de fonctions chez un procureur soulève une crainte raisonnable de partialité. L'avocat poursuivant ne doit, dans aucun cas, être en mesure de participer au processus décisionnel. Les fonctions de poursuivant et de juge ne peuvent cohabiter de la sorte. De plus, la Loi et les règlements permettent au président d'initier une enquête, de décider de tenir une audition, de constituer le banc chargé d'entendre l'affaire, en s'y incluant s'il le désire. De même, le rapport annuel suggère que d'autres régisseurs prennent parfois la décision de tenir une audition, et ce même rapport n'élimine pas la possibilité qu'ils statuent ensuite sur le fond de l'affaire. Même si le fait que la Régie, en tant qu'institution, participe au processus d'enquête, de convocation et de décision ne pose pas un problème en soi, la possibilité qu'un régisseur particulier décide, suite à l'enquête, de tenir une audition, et puisse ensuite participer au processus décisionnel, soulèverait chez la personne bien renseignée une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Tout comme dans le cas des juristes de la Régie, une certaine forme de cloisonnement entre les régisseurs impliqués à diverses étapes du processus semble requise afin de dissiper cette crainte de partialité.

Les trois principales composantes de l'indépendance judiciaire sont la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance institutionnelle. Seuls les deux derniers éléments sont contestés dans la présente affaire et, comme en matière d'impartialité, une certaine dose de souplesse est de mise envers des organismes administratifs. En interprétant l'art. 23 de la *Charte*, il faut considérer les fonctions et caractéristiques propres aux organismes administratifs en cause. En l'espèce, les régisseurs jouissent d'une inamovibilité suffisante, au sens de l'arrêt *Valente*, puisque toute intervention arbitraire de l'exécutif en cours de mandat pourra être sanctionnée. Les conditions d'emploi des régisseurs se conforment aux exigences minimales d'indépendance. Celles-ci ne requièrent pas que tous les juges administratifs occupent leur fonction à titre inamovible, à l'instar des juges des tribunaux judiciaires. Les mandats à durée déterminée, fréquents, sont acceptables. Il importe toutefois que la destitution des juges administratifs ne soit pas laissée au bon plaisir de l'exécutif. Or, les décrets de nomination prévoient expressément que la destitution des régisseurs ne peut avoir lieu que pour certains motifs précis. Les régisseurs ont aussi la possibilité de s'adresser aux tribunaux de droit commun afin de s'opposer à une destitution illégale. Enfin, au vu de l'ensemble de la preuve, le grand nombre de points de contact existant entre la Régie et le ministre de la Sécurité publique ne soulève pas une crainte raisonnable quant à l'indépendance institutionnelle de la Régie. Il n'est pas inhabituel qu'un organisme administratif soit soumis à la supervision générale d'un membre de l'exécutif quant à sa gestion. Les éléments essentiels de l'indépendance institutionnelle se résument au contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Or, il n'a pas été démontré en quoi le ministre de la Sécurité publique pouvait influencer sur le processus décisionnel. Le contrôle quotidien des activités de la Régie et de ses divers employés, ainsi que la confection des rôles, sont du ressort du président. Le fait qu'en dernière analyse le Ministre soit à la fois responsable de la Régie et des divers corps policiers qui font enquête ne soulèverait pas chez une personne bien informée une crainte raisonnable quant à l'indépendance des régisseurs. Ceux-ci prononcent un serment les obligeant à remplir les devoirs de leur charge avec honnêteté et justice. Les liens qu'entretient le Ministre avec les divers intervenants ne sont donc pas suffisants pour susciter des inquiétudes.

Bien que la structure de la Régie ne se conforme pas aux exigences prescrites par l'art. 23 de la *Charte*, les diverses imperfections qui ont été identifiées ne sont cependant pas imposées par la loi constitutive ou les règlements accessoires. Il n'est donc pas nécessaire de déclarer que des dispositions précises de la Loi sont incompatibles avec la *Charte*. Il suffit d'accueillir la requête en évocation présentée par l'intimée et d'annuler la décision de la Régie.

Le juge L'Heureux-Dubé: La présente affaire relève uniquement du droit administratif. Le droit administratif fait partie du droit public et la common law s'applique de façon générale en droit public québécois, sous réserve de modifications législatives. On doit donc recourir à la méthodologie de common law, plutôt qu'une méthodologie d'inspiration civiliste. La *Charte*, en vertu de son statut quasi constitutionnel, a préséance juridique sur la common law. Afin de déterminer la corrélation entre la common law et le droit quasi constitutionnel d'origine législative, on doit donc premièrement analyser, identifier et énoncer la common law applicable; ensuite, on doit préciser l'effet du droit quasi constitutionnel d'origine législative sur la common law.

Les reproches formulés par l'intimée contre la Régie des permis d'alcool du Québec tombent sous les chefs de l'impartialité et de l'indépendance. L'indépendance d'un organisme par rapport à l'exécutif est une condition préalable, mais non suffisante, pour garantir l'impartialité. Les tribunaux ne sont jamais parfaitement indépendants; ils sont dans un état d'indépendance relative qui varie en fonction de leur niveau décisionnel. Lorsque la question de l'indépendance est soulevée dans un contexte de révision judiciaire, il revient donc aux cours d'évaluer, dans chaque cas, le degré d'indépendance requis en fonction de la nature du tribunal administratif, des contraintes institutionnelles auxquelles celui-ci est soumis, et du caractère péremptoire des décisions qui en émanent. Alors que l'indépendance peut être conçue sous la forme d'un continuum, il n'en va pas de même de l'impartialité. Un organisme peut être soit impartial, soit partial; il n'y a pas de choix intermédiaire. La crainte raisonnable de partialité est l'indicateur qui permet de trancher la question judiciairement. Si l'organisme génère dans un grand nombre de cas une crainte raisonnable de partialité chez la personne bien renseignée, une conclusion juridique de partialité en découlera. La souplesse entre en jeu dans le contenu spécifique

du critère de la crainte raisonnable de partialité dans chaque cas. Mais cette souplesse ne doit pas s'exercer à l'endroit de l'impartialité: l'exigence d'impartialité ne saurait être assouplie. C'est donc le caractère raisonnable de la crainte qui variera en fonction des divers tribunaux administratifs, non pas leur impartialité intrinsèque. En l'espèce, pour les fins de l'analyse, la question de l'indépendance est subordonnée à celle de l'impartialité. Si l'on conclut à l'existence de la partialité, la question de l'indépendance devient purement théorique.

Les organismes qui posent des actes quasi judiciaires ou des actes administratifs sont assujettis à la règle *nemo iudex in propria sua causa debet esse*, en vertu respectivement de l'obligation d'agir conformément à la justice naturelle, ou de l'obligation d'agir équitablement. Puisque les actes reprochés à la Régie sont soit des actes administratifs, soit des actes quasi judiciaires, ils sont donc assujettis à l'obligation d'impartialité comprise dans la règle *nemo iudex*. En l'espèce, la preuve a clairement établi que la Régie a suscité une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas chez la personne bien renseignée. Par conséquent, il y a lieu de conclure à la partialité de la Régie -- une partialité institutionnelle de type organisationnel. Par implication, la Régie a enfreint la règle *nemo iudex* et a donc manqué à son obligation d'agir équitablement. Ce manquement ouvre la voie aux recours de common law applicables dans les circonstances, soit un recours en évocation au moyen d'une requête pour faire annuler la décision de la Régie, en vertu de l'art. 846 C.p.c., et un recours en déclaration du caractère inopérant *inter partes* des dispositions de la loi habilitante, en vertu des art. 453 et suiv. C.p.c.

Avant d'examiner l'effet des dispositions de la *Charte* sur la common law, il faut en premier lieu déterminer si ces dispositions s'appliquent en l'espèce. Pour interpréter l'art. 23 et le par. 56(1) de la *Charte*, et particulièrement la notion de tribunal quasi judiciaire, c'est l'approche méthodologique "moderne" qu'il faut appliquer. En tant qu'approche de base en interprétation juridique, il est temps d'abandonner la méthode d'interprétation fondée sur le "sens ordinaire" des mots. Selon l'approche moderne, on doit d'abord considérer notamment, outre le texte, le contexte, les autres dispositions de la loi, celles des autres lois *in pari materia* et l'historique législatif, afin de cerner correctement l'objectif du législateur. Ce n'est qu'après avoir lu les dispositions avec tous ces éléments présents à l'esprit que l'on s'arrêtera sur une définition. Cette méthode d'interprétation "moderne" a l'avantage de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d'éviter qu'elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du "sens ordinaire". Vu l'évolution dynamique de notre droit, la pluralité des perspectives d'analyse juridique, l'époque des prémisses sous-jacentes dissimulées est maintenant révolue. La méthode du "sens ordinaire", avec sa préclusion méthodologique qui empêche l'enclenchement du raisonnement juridique, se justifie toutefois dans un domaine technique comme le droit fiscal en raison des impératifs de stabilité et de prévisibilité du droit; par ailleurs, dans ce domaine, l'utilisation du "sens ordinaire" ne crée pas d'effets secondaires indésirables.

Lorsqu'on procède à une lecture éclairée de l'art. 23 et du par. 56(1) de la *Charte* conformément à une méthode d'interprétation juridique moderne, c'est la définition de l'expression "quasi judiciaire" dont la portée est limitée à la catégorie des "matières d'importance pénale" qui doit être adoptée. L'article 23 n'est donc applicable qu'à un "organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires dans le domaine des "matières d'importance pénale"". Les recours de common law sont disponibles lorsque l'organisme administratif prend une décision de nature quasi judiciaire dans la catégorie des matières d'importance pénale et les art. 23 et 56(1) de la *Charte* accordent d'autres recours. Notamment, en cas de manquement à l'obligation d'impartialité dans cette catégorie, l'individu lésé peut obtenir l'annulation *erga omnes* totale ou partielle de la loi habilitante, en vertu de l'art. 52 de la *Charte*. En l'espèce, la décision de la Régie de révoquer le permis d'alcool de l'intimée n'était pas une décision quasi judiciaire relevant de la catégorie des matières d'importance pénale. Ce type de décision fait partie de la catégorie "non pénale". Par conséquent, l'art. 23 de la *Charte* est inapplicable dans la présente affaire et le recours déclaratoire *erga omnes* n'est pas disponible. Le litige relève plutôt du droit administratif et des recours en évocation et en déclaration. Puisque la demande de l'intimée est justifiée, il n'y a pas de raison de refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder une mesure de redressement que le *Code de procédure civile* confère aux tribunaux. La requête en évocation doit donc être accueillie et la décision de la Régie annulée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553, qui a confirmé en partie un jugement de la Cour supérieure, [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69, qui avait accueilli la requête en évocation de l'intimée. Pourvoi accueilli.

Jean-Yves Bernard et Benoît Belleau, pour les appelants.

Simon Venne et Marie Paré, pour l'intimée.

Procureurs des appelants: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Simon Venne et Marie Paré, Montréal.

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

Civil rights -- Fair hearing by independent tribunal -- Administrative tribunals -- Régie des permis d'alcool -- Cancellation of liquor permits on account of disturbance of public tranquility -- Structure and operating procedures of Régie -- Whether Régie complies with guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms -- Scope of s. 23 of Charter -- Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 23, 56(1) -- Act respecting liquor permits, R.S.Q., c. P-9.1, ss. 2, 75, 86(8).

Following a hearing, the directors of the Régie des permis d'alcool du Québec revoked the respondent's liquor permits on the ground of disturbance of public tranquility -- a penalty provided for in ss. 75 and 86(8) of the *Act respecting liquor permits* (the "Act"). The respondent brought a motion in evocation in the Superior Court in which it asked (1) that the Régie's decision be quashed and (2) that s. 2 of the Act, which established the Régie, be declared invalid on the basis that the Régie did not comply with the guarantees of independence and impartiality set out in s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court granted the motion and, by declaring the impugned provision invalid and of no force or effect, called the very existence of the Régie into question. However, the court suspended the effect of the declaration of invalidity for a period of 12 months. The Attorney General of Quebec and the Régie appealed the decision. In 1993, the Régie des alcools, des courses et des jeux replaced the Régie des permis d'alcool, but the parties considered the Superior Court proceedings to be as important as ever because of the similarity between the two bodies. The Court of Appeal allowed the appeal in part, declaring s. 2 of the Act to be valid. However, the majority of the court held the reference to s. 75 in s. 86(8) of the Act to be invalid and of no force or effect.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, **Gonthier**, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Section 23 of the *Charter* entrenches in Quebec the right of every citizen to a public and fair hearing by an independent and impartial tribunal. The word "tribunal" used in that section is defined in s. 56(1) of the *Charter* as including "any person or agency exercising quasi-judicial functions". Section 56(1) applies to every agency that exercises quasi-judicial functions, even incidentally. Whether or not s. 23 is applicable therefore depends on the characterization of the functions of the agency that are in question. If they are quasi-judicial, the agency is a "tribunal" and must in exercising them comply with the requirements of impartiality and independence. In this case, s. 23 is applicable to the Régie because a decision to cancel a permit on account of disturbance of public tranquility is the result of a quasi-judicial process. The permit holder's rights are clearly affected by the cancellation. While the issuance of a permit may in certain respects be regarded as a privilege, its cancellation has a significant impact on the livelihood of the permit holder, who loses the right to operate his or her business. It is also significant that the process leading to the cancellation of a permit on account of disturbance of public tranquility is similar to that in a court. The Régie may make its decision only after a hearing in the course of which witnesses may be heard, exhibits filed and submissions made. Although there is strictly speaking no *lis inter partes* before the Régie, individuals with conflicting interests may present contradictory versions of the facts at the hearing. Finally, a decision to cancel a permit on the ground of disturbance of public tranquility results from the application of a pre-established standard to specific facts adduced in evidence and is a final judgment protected by a privative clause. Although in making such a decision the Régie may to some extent establish a general policy that it has itself developed, it does so by means of a standard imposed by and set out in the Act. The application of such a policy to specific circumstances, with the assessment of the facts it presupposes, is a quasi-judicial act.

Although flexibility must be shown toward administrative tribunals when it comes to impartiality, a detailed review of the Régie's structure and multiple functions raises a reasonable apprehension of bias on an institutional level. The Act authorizes employees of the Régie to participate at every stage of the process leading up to the cancellation of a liquor permit, from investigation to adjudication. While a plurality of functions in a single administrative agency is not necessarily problematic, here a person informed about the role of the Régie's lawyers would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. Although the Act and regulations do not define the duties of these jurists, the Régie's annual report and the description of their jobs at the Régie show that they are called upon to review files in order to advise the Régie on the action to be taken, prepare files, draft notices of summons, present arguments to the directors and draft opinions. The annual report and the silence of the Act and regulations leave open the possibility of the same jurist performing these various functions in the same matter. The annual report mentions no measures taken to separate the lawyers involved at different stages of the process. Yet such measures seem essential in the circumstances. The possibility that a jurist who has made submissions to the directors might then advise them in respect of the same matter is disturbing, especially since some of the directors have no legal training. Such a lack of separation of functions in a lawyer raises a reasonable apprehension of bias. Prosecuting counsel must never be in a position to participate in the adjudication process. The functions of prosecutor and adjudicator cannot be exercised together in this manner. Moreover, the Act and regulations authorize the chairman to initiate an investigation, decide to hold a hearing, constitute the panel that is to hear the case and include himself or herself thereon if he or she so desires. Furthermore, the annual report suggests that other directors sometimes make the decision to hold a hearing, and it does not rule out the possibility that they might then decide the case on its merits. While the fact that the Régie, as an institution, participates in the process of investigation, summoning and adjudication is not in itself problematic, the possibility that a particular director could, following the investigation, decide to hold a hearing and could then participate in the adjudication process would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. As with the Régie's jurists,

a form of separation among the directors involved in the various stages of the process seems necessary to eliminate that apprehension of bias.

The three main components of judicial independence are financial security, security of tenure and institutional independence. Only the last two are in question in this case and, as is the case with impartiality, a certain degree of flexibility is appropriate where administrative agencies are concerned. In interpreting s. 23 of the *Charter*, it is necessary to consider the functions and characteristics of the administrative agencies in question. In the instant case, the directors have sufficient security of tenure within the meaning of *Valente*, since sanctions are available for any arbitrary interference by the executive during a director's term of office. The directors' conditions of employment meet the minimum requirements of independence. These do not require that all administrative adjudicators, like judges of courts of law, hold office for life. Fixed-term appointments, which are common, are acceptable. However, the removal of adjudicators must not simply be at the pleasure of the executive. The orders of appointment provide expressly that the directors can be dismissed only for certain specific reasons. In addition, it is possible for the directors to apply to the ordinary courts to contest an unlawful dismissal. Finally, in light of the evidence as a whole, the large number of points of contact between the Régie and the Minister of Public Security does not raise a reasonable apprehension with respect to the Régie's institutional independence. It is not unusual for an administrative agency to be subject to the general supervision of a member of the executive with respect to its management. The essential elements of institutional independence may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. It has not been shown how the Minister of Public Security might influence the decision-making process. The chairman is responsible for monitoring the Régie's day-to-day activities and its various employees, and for preparing the rolls. The fact that the Minister is ultimately responsible for both the Régie and the various police forces conducting investigations would not cause an informed person to have a reasonable apprehension with respect to the independence of the directors. The directors swear an oath requiring them to perform the duties of their office honestly and fairly. The Minister's links with the various parties involved are accordingly not sufficient to raise concerns.

Although the structure of the Régie does not meet the requirements of s. 23 of the *Charter*, the various shortcomings that have been identified are not imposed by the constituent legislation or the regulations made thereunder. It is thus not necessary to declare specific provisions of the Act to be inconsistent with the *Charter*. It is sufficient to grant the respondent's motion in evocation and quash the Régie's decision.

Per L'Heureux-Dubé J.: This case is governed solely by administrative law. Administrative law is part of public law and the common law generally applies in Quebec public law, subject to legislative amendments. The common law methodology must therefore be used rather than a methodology based on the civil law. The *Charter* has legal preeminence over the common law because of its quasi-constitutional status. To determine what interaction there is between the common law and quasi-constitutional statute law, it is necessary to begin by analysing, identifying and setting out the applicable common law; the effect of the quasi-constitutional statute law on the common law must then be specified.

The respondent's allegations against the Régie des permis d'alcool du Québec fall under the heads of impartiality and independence. An agency's independence from the executive is a prerequisite for, but is not sufficient to guarantee, impartiality. Tribunals are never perfectly independent; their independence is relative and varies with their decision-making level. When the issue of independence is raised in a judicial review context, the courts must therefore assess the necessary degree of independence in each case based on the nature of the administrative tribunal, the institutional constraints it faces and the peremptory nature of its decisions. While independence can be seen as a continuum, the same is not true of impartiality. An agency can be either impartial or biased: there is no intermediate option. Reasonable apprehension of bias is the indicator that allows this issue to be resolved judicially. If the agency would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases, a legal finding of bias will result. Flexibility comes into play in the specific content of the test for reasonable apprehension of bias in each case. However, such flexibility must not be shown in respect of impartiality: the requirement of impartiality cannot be relaxed. It is thus the reasonableness of the apprehension that will vary among administrative tribunals, not their intrinsic impartiality. In the present case, the issue of independence is subordinate to that of impartiality for the purposes of analysis. If bias is found, the issue of independence becomes totally moot.

Agencies that perform quasi-judicial or administrative acts are subject to the *nemo iudex in propria sua causa debet esse* rule in accordance, respectively, with the duty to act in accordance with natural justice and the duty to act fairly. Since the acts alleged against the Régie are either administrative or quasi-judicial, they are subject to the duty of impartiality included in the *nemo iudex* rule. Here, the evidence has clearly shown that the Régie would cause an informed person to have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases. It should therefore be found that the Régie is biased on an institutional, organizational level. By implication, the Régie has violated the *nemo iudex* rule and thus breached its duty to act fairly. This breach opens the door to the common law remedies applicable in the circumstances: the Régie's decision can be quashed through a motion in evocation under art. 846 *C.C.P.* and the provisions of the enabling statute can be declared of no force or effect *inter partes* under arts. 453 *et seq. C.C.P.*

Before examining the effect of the *Charter*'s provisions on the common law, it must first be determined whether those provisions are applicable to the instant case. In interpreting ss. 23 and 56(1) of the *Charter*, particularly the concept of a quasi-judicial tribunal, the "modern" methodological approach must be applied. It is time to abandon the method based on the "plain meaning" of words as the basic approach to legal interpretation. According to the modern approach, consideration must be given at the outset not only to the words themselves but also, *inter alia*, to the context, the statute's other provisions, provisions of other statutes *in pari materia* and the legislative history in order to correctly identify the legislature's objective. It is only after reading the provisions with all these elements in mind that a definition will be decided on. This "modern" interpretation method has the advantage of bringing out the underlying premises and thus preventing them from going unnoticed, as they would with the "plain meaning" method. In light of the dynamic development of our law and the plurality of perspectives on legal analysis, the era of concealed underlying premises is now over. However, the "plain meaning" method, with its methodological estoppel that prevents the initiation of legal reasoning, is justified in a technical field such as tax law because of the imperatives of stability and predictability of the law; moreover, the use of the "plain meaning" in that area does not have any undesirable side effects.

When ss. 23 and 56(1) of the *Charter* are interpreted in an informed manner using the modern legal interpretation approach, the definition of the term "quasi-judicial" that must be adopted is one that limits its denotation to the "matters of penal significance" category. Section 23 is therefore applicable only to "agencies exercising quasi-judicial functions involving 'matters of penal significance'". The common law remedies are available when an administrative agency makes a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category, and ss. 23 and 56(1) of the *Charter* provide other remedies. In particular, in the event of a breach of the duty to be impartial in this category, the aggrieved individual may have the enabling statute struck down *erga omnes*, in whole or in part, under s. 52 of the *Charter*. In the present case, the Régie's decision to cancel the respondent's liquor permit was not a quasi-judicial decision in the matters of penal significance category. This type of decision falls within the "non-penal" category. Accordingly, s. 23 of the *Charter* is not applicable to this case and the *erga omnes* declaratory remedy is not available. The case is governed rather by administrative law and the remedies of evocation and declaration. Since the respondent's application is well founded, there is no reason to decline to exercise the remedial discretion conferred on the courts by the *Code of Civil Procedure*. The motion in evocation must therefore be allowed and the Régie's decision set aside.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 2440, 65 Q.A.C. 245, 122 D.L.R. (4th) 553, affirming in part a judgment of the Superior Court, [1993] R.J.Q. 1877, 17 Admin. L.R. (2d) 69, granting the respondent's motion in evocation. Appeal allowed.

Jean-Yves Bernard and Benoît Belleau, for the appellants.

Simon Venne and Marie Paré, for the respondent.

Solicitors for the appellants: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Simon Venne and Marie Paré, Montréal.

Edward Frank Dawson v. Her Majesty the Queen (Crim.)(N.S.) (24883)

Indexed as: R. v. Dawson / Répertoire: R. c. Dawson

Judgment rendered November 21, 1996 / Jugement rendu le 21 novembre 1996

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

Criminal law -- Child abduction in absence of custody order -- Elements of offence -- Whether accused parent can be convicted of child abduction under s. 283(1) of Criminal Code when child not in possession of deprived parent at time of offence -- Meaning of "takes" and "possession" -- Whether defence contained in s. 284 of Code applicable -- Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 283(1), 284.

The accused father and his common law wife were separated in 1986. M, their 3-year-old son, originally remained with his mother but she became unable to care for him and, in December 1986, she agreed that M should live with his father and that he would be solely responsible for M's upbringing. The mother later became dissatisfied with the limitations which the father was placing on her access to M and, in 1992, she applied to the Nova Scotia Family Court for custody and access. Pending the resolution of the matter, the Family Court ordered *ex parte* that the mother be granted "interim liberal access" and that M not be removed from Nova Scotia. Soon after being served with the interim order, the father left with M for California. The father was arrested two years later and, upon his return to Nova Scotia, was charged with abducting his child contrary to s. 283(1)(a) of the *Criminal Code*. That section makes it an offence for a parent, guardian or lawful custodian of a child to take a child, not the subject of a custody order, with intent to deprive another parent or guardian or lawful custodian of the child of possession of that child. The father was acquitted at trial on the ground that he had not "taken" M from his mother since, at all material times, M was legally in the father's care. The majority of the Court of Appeal overturned the acquittal and ordered a new trial.

Held (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ.: The trial judge erred in his interpretation of s. 283(1) of the *Code*. Since the section states that the offence of child abduction can be committed by the "parent, guardian or person having the lawful care or charge" of the child, a person can clearly be found guilty notwithstanding that he or she is the child's parent or that he or she had lawful care of the child.

Section 283 does not require that the deprived parent, guardian or other person having lawful care or charge of the child must actually have had possession of the child at the moment of the offence for an accused to be convicted. Reading the English and French texts of s. 283(1) together, a "taking" or "*enlèvement*" occurs where the accused causes the child to come or go with him or her, and, in the process, excludes the authority of another person who has lawful care or charge of the child. Further, by also prohibiting acts such as "concealing", "harbouring" and "receiving" — acts which can only be committed while the child is not in the possession of the deprived parent — Parliament has indicated that child abduction by a parent, even in the absence of a custody order, can be found to have occurred regardless of whether the child was in the possession of the deprived parent at the relevant time. There is nothing in the *mens rea* of s. 283(1) to suggest otherwise. An accused would have the requisite "intent to deprive [the other parent] of the possession" if he or she intended to keep the other parent from having a possession to which he or she would otherwise be entitled. The word "possession" is not limited to circumstances in which the deprived parent is actually in physical control of the child at the time of the taking, but extends to the ability to exercise control over the child. By enacting ss. 281 to 283, Parliament has decided that the protection of children rests in ensuring that people entitled to exercise care and control over children are able to do so. Accordingly, Parliament has criminalized conduct — whether by a stranger or a parent, and whether or not there is a custody order in force — that intentionally interferes with a parent's lawful exercise of care and control over the children. An interpretation of s. 283 which does not require that the deprived parent have possession of the child at the moment of the offence is consistent with the purpose and scheme of the child abduction provisions. Such an interpretation does not have the effect of unduly expanding the scope of criminal liability, and elevating a deprivation of access to the status of criminal conduct. No accused will be convicted under s. 283 unless he or she intended to deprive a person entitled to possession of the child of that possession.

Under s. 284 of the *Code*, a person who takes a child with intent to deprive the child's parent, or another person having lawful care or charge of the child, of possession of the child cannot escape liability by giving his or her own consent to the taking. The consent referred to in s. 284 must come, not from the accused himself or herself, but from the person whom the accused intended to deprive of possession of the child.

It is not the role of this Court to determine whether the mother was entitled to M's possession. That issue should be determined at the new trial on the basis of the evidence adduced. Iacobucci J.'s comments in reply to McLachlin J.'s reasons are agreed with.

Finally, the Court of Appeal did not err in law by allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal at trial. The Crown's appeal was based on a question of law -- namely, the proper interpretation of the *actus reus* of s. 283 of the *Code*.

Per Gonthier, Cory and **Iacobucci JJ.**: The reasons of L'Heureux-Dubé J. are agreed with. The role of the purported custody "agreement" between the father and the mother can arguably be safely discounted. In cases such as this one, the Nova Scotia *Family Maintenance Act* appears to supplant the common law of contracts as it pertains to agreements between spouses on care and custody matters. Section 18(4) of this Act establishes, as a baseline, that both parents are entitled to care and custody of the child unless a court orders otherwise. An agreement may have the effect of an order, but only if it has been registered in a court (s. 52). No formal order was made in this case, and the 1986 agreement appears not to have been registered. The 1992 order granting "interim liberal access" to the mother did not, by implication, grant care and custody to the father. A parent's statutory right to joint custody of her child should not be abrogated except in the clearest of terms. Therefore, as there was no order made by the court otherwise, there was no evidence before it that might upset the statutory presumption of joint care and custody. Both parents retained their entitlement to care and custody of the child. Consequently, it cannot be said, on the basis of the agreement, that the father did not take M from the possession of his mother.

Even if it were accepted that the common law of contracts governs in this case, it would still not follow that the father should prevail. Whatever may be the literal terms of the purported custody agreement, it is possible that for reasons of equity an implied condition might be found that the father should not remove M from the country. It is impossible, however, to say in advance whether such a condition should be found. The inquiry must be left to the trial judge.

Although there is a concern that a parent who inadvertently and only technically breaches the other parent's custody rights may face imprisonment, it should be emphasized that the *mens rea* of the offence is not simply the intention to take the child, but the intention to take the child from the possession of one who is entitled to that possession. Because the latter kind of intent is serious, prosecution of trifling offences under s. 283 is not to be expected.

Per Sopinka and **McLachlin JJ.** (dissenting): Section 283(1) of the *Code* targets the act of taking a child where there is no custody order in place. Certain conditions, however, must be fulfilled before the act of taking becomes criminal: the person taking must have lawful custody and the taking must be with the "intent to deprive" the other parent "of the possession of" the child. The section thus contemplates the situation where people share custody or "possession" of the child. Possession is used in the legal sense of right of possession. It is not necessary that the deprived parent have physical possession of the child at the time of the taking. What is required, at a minimum, is that the deprived parent have a right to possession of the child.

The central issue in this appeal is the effect of a custody agreement, as opposed to a court order, on a parent's common law custody rights. A parent may give up his or her right to custody by entering into an agreement conferring sole custody on the other parent. Notwithstanding the absence of a court order, a parent who does so no longer has a right to possession of the child of which he or she can be deprived, unless custody is restored by the termination of the agreement, a new agreement, or a court order. It follows that s. 283(1) would find no application in a situation where sole custody has been conferred upon the "taking" parent. It is unquestioned that common law rights, including the right to custody of a child, may be altered by contract. Here, the trial judge was correct in acquitting the father of the offence of child abduction. After the separation, the mother initially had a right to possession of the child at common law, as confirmed by the Nova Scotia *Family Maintenance Act*, but the trial judge found that the mother, by oral agreement with the father in December 1986, validly conveyed her common law right to possession and custody of the child to the father and that the agreement was still in force. These findings were amply supported by the evidence and should not have been disturbed by the Court of Appeal. The court erred in concluding that the agreement, as opposed to a court order, could not affect a parent's original right to custody. Further, the father's interference with the mother's exercise of her access rights did not constitute a deprivation of possession under s. 283(1). Possession, in contrast to access, comports the right and responsibility of care and control of the child. While the terms of access may be so generous that the non-custodial spouse in fact exercises a significant degree of care and control over the child, the trial judge's findings in this case negate any suggestion that the mother had any control or responsibility over the child. She had the right to visit the child; she did not have the control or responsibility for him required to establish possession. Finally, this Court should not rule on the issue of whether unregistered custody agreements may be of no force in Nova Scotia since this issue was not properly raised, considered and argued in this case. With respect to s. 18(4) of the *Family Maintenance Act*, in the context of a criminal trial, the Crown bore the burden of showing that the father did not have an exclusive right of possession to the child at the time of taking. The Crown not having raised s. 18(4) at trial, it is not for this Court at this stage of the proceedings to raise it to the end of discharging the burden that lay on the Crown.

The line between wrongful but non-criminal failure to respect parental rights on the one hand, and child abduction under s. 283(1) on the other, lies at the point where the wrongdoer takes the child with intent to thwart the established right (by court order or agreement) of control and care of the other parent. On one side of the line the remedies are civil, on the other criminal. Section 283(1) draws the line at this point by requiring intent to deprive the other parent

of possession of the child, a concept that goes beyond mere interference with access rights or a hypothetical possibility of a future right to possession. While arguments can be raised for an interpretation of s. 283(1) that would criminalize virtually any interference with access rights or future custody rights, given the severity of the criminal sanction, reserved for the most reprehensible conduct in our society, there is no reason to interpret the section that broadly. Less serious breaches are better left to civil sanctions.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, allowing the accused's appeal from his conviction on the charge of disobeying a court order, contrary to s. 127 of the *Criminal Code*, and allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on the charge of taking a child with intent to deprive the child's mother of possession, contrary to s. 283 of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Jean A. Swantko, for the appellant.

William D. Delaney, for the respondent.

Solicitor for the appellant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Public Prosecution Service (Appeals Branch), Halifax.

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

Droit criminel -- Enlèvement d'enfant en l'absence d'ordonnance relative à la garde -- Éléments de l'infraction -- Le parent accusé peut-il être déclaré coupable d'enlèvement d'enfant en vertu de l'art. 283(1) du Code criminel lorsque l'enfant n'était pas en la possession du parent dépossédé au moment de l'infraction? -- Sens des mots «takes» et «possession» -- Le moyen de défense prévu à l'art. 284 du Code est-il applicable? -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283(1), 284.

Le père accusé et sa conjointe de fait se sont séparés en 1986. M, leur fils de 3 ans, est d'abord resté avec sa mère, mais celle-ci est devenue incapable d'en prendre soin et, en décembre 1986, elle a consenti à ce que M aille vivre avec son père et à ce que ce dernier assume seul la responsabilité de son éducation. Plus tard, la mère est devenue insatisfaite des restrictions que le père lui imposait quant à l'accès à M et, en 1992, elle a demandé au tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse la garde et l'accès. Jusqu'à ce que l'affaire ait été décidée, le tribunal de la famille a ordonné, *ex parte*, qu'un «accès provisoire souple» soit accordé à la mère et que M ne soit pas emmené à l'extérieur de la Nouvelle-Écosse. Peu de temps après avoir reçu signification de l'ordonnance provisoire, le père a emmené M en Californie. Le père a été arrêté deux ans plus tard et, à son retour en Nouvelle-Écosse, il a été accusé d'avoir enlevé son enfant en contravention de l'al. 283(1)a) du *Code criminel*. Aux termes de cet alinéa, commet une infraction le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'un enfant qui enlève un enfant n'ayant fait l'objet d'aucune ordonnance relative à la garde, avec l'intention de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. Au terme du procès, le père a été acquitté pour le motif qu'il n'avait pas «enlevé» M à sa mère, car, à tout moment pertinent, M avait été légalement sous la garde de son père. La Cour d'appel a, à la majorité, annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges **L'Heureux-Dubé**, Gonthier, Cory et Major: Le juge du procès a commis une erreur dans l'interprétation du par. 283(1) du *Code*. Comme aux termes de ce paragraphe l'infraction d'enlèvement d'enfant peut être commise par «le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale» de l'enfant, il est clair qu'une personne peut être déclarée coupable même si cette personne est le père ou la mère de l'enfant ou si elle avait la garde légale de celui-ci.

L'article 283 n'exige pas que la personne dépossédée, qu'il s'agisse du père, de la mère, du tuteur ou d'une autre personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant, ait eu concrètement la possession de l'enfant au moment de l'infraction pour qu'un accusé soit déclaré coupable. Si on lit les textes français et anglais du par. 283(1) en corrélation, il y a «*taking*» ou «enlèvement» lorsque l'accusé emmène l'enfant avec lui et que, ce faisant, il le soustrait à l'autorité d'une autre personne qui en avait la garde ou la charge légale. De plus, en interdisant également des actes tels que le fait de «cacher», d'«héberger» et de «recevoir» -- actes qui ne peuvent être accomplis que lorsque l'enfant n'est pas en la possession du parent dépossédé -- le législateur fédéral a indiqué qu'il est possible de conclure à l'enlèvement d'un enfant par le père ou la mère, et ce même en l'absence d'une ordonnance relative à la garde et indépendamment du fait que l'enfant était ou non en la possession du parent dépossédé au moment pertinent. Rien dans la formulation de la *mens rea* au par. 283(1) ne tend à indiquer le contraire. L'accusé aurait «l'intention [requisite] de priver [l'autre parent] de la possession» s'il entendait frustrer l'autre parent de la possession à laquelle ce dernier aurait par ailleurs droit. Le mot

«possession» ne se limite pas aux cas où le parent dépossédé exerçait concrètement la surveillance physique de l'enfant au moment de l'enlèvement, mais vise également la capacité de ce parent d'exercer la surveillance de l'enfant. En édictant les art. 281 à 283, le législateur fédéral a décidé que la façon d'assurer la protection des enfants est de faire en sorte que les personnes qui en assument le soin et la surveillance soient capables de le faire. Par conséquent, le législateur a criminalisé des conduites -- que celles-ci soient le fait d'un étranger ou d'un des parents, et qu'une ordonnance relative à la garde soit ou non en vigueur -- qui entravent intentionnellement l'exercice légitime par le père ou la mère de son droit d'assumer le soin et la surveillance des enfants. Une interprétation de l'art. 283 qui n'exige pas que la personne dépossédée ait la possession de l'enfant au moment de l'infraction est compatible avec l'objet et l'économie des dispositions relatives à l'enlèvement d'enfants. Une telle interprétation n'a pas pour effet d'élargir indûment le champ de la responsabilité criminelle et de faire d'une privation d'accès une conduite criminelle. Un accusé ne sera déclaré coupable en vertu de l'art. 283 que s'il avait l'intention de priver de la possession de l'enfant une personne qui y avait droit.

Aux termes de l'art. 284 du *Code*, la personne qui enlève un enfant avec l'intention de priver de la possession de celui-ci le père, la mère ou une autre personne en ayant la garde ou la charge légale ne peut pas échapper à toute responsabilité en donnant son propre consentement à l'enlèvement. Le consentement visé à l'art. 284 doit émaner non pas de l'accusé lui-même, mais plutôt de la personne que ce dernier entendait priver de la possession de l'enfant.

Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si la mère avait droit à la possession de M. Cette question devrait être tranchée lors du nouveau procès à la lumière de la preuve présentée. Il est souscrit aux remarques formulées par le juge Iacobucci en réponse aux motifs du juge McLachlin.

En dernier lieu, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé prononcé au procès. L'appel du ministère public était fondé sur une question de droit -- c'est-à-dire la question de la bonne interprétation à donner de l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 283 du *Code*.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: Il est souscrit aux motifs du juge L'Heureux-Dubé. On peut sans crainte soutenir que la présumée «entente» relative à la garde entre le père et la mère ne joue aucun rôle. Dans les affaires comme celle qui intéresse, la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse semble écarter l'application des règles de common law en matière contractuelle en ce qui concerne les ententes conclues entre les époux relativement au soin et à la garde des enfants. Le paragraphe 18(4) de cette Loi établit, comme principe de base, que les deux parents ont le droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant, sauf ordonnance judiciaire à l'effet contraire. Une entente peut produire les mêmes effets qu'une ordonnance, mais seulement si elle a été enregistrée auprès de la cour (art. 52). Aucune ordonnance formelle n'a été rendue en l'espèce, et il semble que l'entente de 1986 n'a pas été enregistrée. L'ordonnance de 1992 qui accordait à la mère un «accès provisoire souple» n'accordait pas, par implication, le soin et la garde au père. Le droit à la garde conjointe de l'enfant accordé par la loi à un parent ne devrait pas être abrogé autrement que par une disposition très claire en ce sens. Par conséquent, comme il n'y avait pas d'ordonnance judiciaire à l'effet contraire, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de réfuter la présomption légale concernant le caractère conjoint de la garde et du soin de l'enfant. Le père et la mère conservaient leur droit d'assurer le soin et la garde de l'enfant. Par conséquent, il est impossible d'affirmer, en se fondant sur l'entente, que l'appelant n'a pas enlevé M à la possession de sa mère.

Même si l'on acceptait que le présent cas est régi par la common law, il ne s'ensuivrait pas pour autant que le père doive l'emporter. Quels que puissent être les termes mêmes de la présumée entente relative à la garde, il est possible que, pour des raisons fondées sur l'*equity*, on puisse dégager l'existence d'une condition implicite indiquant que le père ne devrait pas emmener M hors du pays. Il n'est toutefois pas possible de dire à l'avance si une telle condition devrait être dégagée. L'examen de cette question doit être laissé au juge du procès.

Malgré l'inquiétude que soulève la possibilité qu'un parent qui viole par inadvertance et de façon technique seulement les droits de garde de l'autre parent risque l'emprisonnement, il faut souligner que la *mens rea* de l'infraction n'est pas seulement l'intention d'enlever l'enfant, mais l'intention d'enlever l'enfant à la possession d'une personne qui a droit à cette possession. Comme il s'agit, dans le deuxième cas, d'une intention grave, il ne faut pas s'attendre que l'art. 283 donne lieu à la poursuite d'infractions insignifiantes.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 283(1) du *Code* vise le fait d'enlever un enfant lorsqu'aucune ordonnance relative à la garde n'a été rendue par un tribunal. Toutefois, certaines conditions doivent être remplies avant que ce fait ne constitue un crime: la personne qui enlève doit avoir la garde légale de l'enfant et l'enlèvement doit être fait «avec l'intention de priver» l'autre parent «de la possession de» l'enfant. Ce paragraphe vise donc la situation où des personnes partagent la garde ou la «possession» de l'enfant. Le mot possession est employé dans son sens juridique de droit à la possession. Il n'est pas nécessaire que le parent dépossédé ait eu la possession physique de l'enfant au moment de l'enlèvement. L'exigence minimale est que le parent dépossédé ait un droit à la possession de l'enfant.

La principale question en litige porte sur les effets d'une entente relative à la garde -- en comparaison de ceux d'une ordonnance judiciaire -- sur les droits de garde dont dispose un parent en vertu de la common law. Un parent peut abandonner son droit à la garde en concluant une entente qui accorde la garde exclusive à l'autre parent. Malgré l'absence d'une ordonnance judiciaire, le parent qui conclut une telle entente n'a plus de droit à la possession de l'enfant dont il pourrait être privé, à moins que son droit de garde ne soit rétabli par la résiliation de l'entente, par la signature d'une nouvelle entente ou par une ordonnance judiciaire. Il s'ensuit que le par. 283(1) ne s'appliquerait pas dans les cas où la garde exclusive a été accordée au parent «qui enlève» l'enfant. Il est contesté que les droits reconnus par la common law, y compris le droit à la garde d'un enfant, peuvent être modifiés par contrat. En l'espèce, le juge du procès a eu raison d'acquiescer le père de l'accusation d'enlèvement d'enfant. Après la séparation, la mère avait initialement un droit à la possession de l'enfant en vertu de la common law, droit qui était confirmé par la *Family Maintenance Act* de la Nouvelle-Écosse, mais le juge du procès a conclu que la mère, en vertu d'une entente verbale avec le père en décembre 1986, avait transféré valablement à ce dernier le droit à la possession et à la garde de l'enfant qu'elle avait en vertu de la common law, et que l'entente restait en vigueur. Ces conclusions étaient amplement étayées par la preuve, et la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier. La cour a commis une erreur en concluant que l'entente ne pouvait pas, contrairement à une ordonnance de la cour, modifier le droit à la garde que possède initialement un parent. De plus, le fait pour le père d'entraver l'exercice par la mère de ses droits d'accès ne constituait pas la privation de possession visée au par. 283(1). Par opposition à l'accès, la possession comporte le droit et la responsabilité d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. Même si les conditions d'accès peuvent être si généreuses que l'époux qui n'a pas la garde assure, dans une mesure considérable, le soin et la surveillance de l'enfant, les conclusions tirées par le juge du procès en l'espèce réfutent toute suggestion que la mère avait la surveillance ou la responsabilité de l'enfant. Elle avait le droit de le visiter; elle n'assumait pas, à son égard, la responsabilité ou la surveillance requise pour établir la possession. En dernier lieu, notre Cour ne doit pas se prononcer sur la question de savoir si les ententes relatives à la garde qui ne sont pas enregistrées pourraient être inopérantes en Nouvelle-Écosse, car cette question n'a pas été régulièrement soulevée, examinée et débattue en l'espèce. En ce qui concerne le par. 18(4) de la *Family Maintenance Act*, dans le contexte d'un procès pénal, le ministère public avait la charge de démontrer que le père n'avait pas le droit exclusif à la possession de l'enfant au moment de l'enlèvement. Comme le ministère public n'a pas invoqué le par. 18(4) au procès, il n'appartient pas à notre Cour, à ce stade-ci des procédures, de prendre en considération cette disposition en vue de décharger le ministère public du fardeau qui lui incombe.

La ligne de démarcation entre la violation répréhensible mais non criminelle de droits parentaux, d'une part, et l'enlèvement d'enfant prévu au par. 283(1), d'autre part, se situe au point où l'auteur de la faute enlève l'enfant avec l'intention de contrecarrer le droit établi (par ordonnance judiciaire ou par une entente) que possède l'autre parent d'assurer le soin et la surveillance de l'enfant. D'un côté de cette ligne, les recours sont de nature civile, alors que de l'autre ils sont de nature pénale. Le paragraphe 283(1) fixe la ligne de démarcation à cet endroit en exigeant la preuve de l'intention de priver l'autre parent de la possession de l'enfant, concept qui va au-delà de la simple atteinte à des droits d'accès ou à un hypothétique droit futur à la possession. Bien que des arguments puissent être présentés en faveur d'une interprétation du par. 283(1) qui criminaliserait pratiquement toute atteinte à des droits d'accès ou à des droits de garde futurs, étant donné la sévérité des sanctions pénales, sanctions qui sont réservées aux conduites les plus répréhensibles dans notre société, il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus large à cet article. Il vaut mieux appliquer aux fautes moins graves les sanctions civiles.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 143 N.S.R. (2d) 1, 411 A.P.R. 1, 100 C.C.C. (3d) 123, 16 R.F.L. (4th) 279, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour désobéissance à une ordonnance judiciaire, en contravention de l'art. 127 du *Code criminel*, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé à l'accusation d'enlèvement d'enfant avec l'intention de priver la mère de l'enfant de la possession de ce dernier, en contravention de l'art. 283 du *Code criminel* et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Jean A. Swantko, pour l'appelant.

William D. Delaney, pour l'intimée.

Procureur de l'appelant: Jean A. Swantko, Bellows Falls, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: Le Service des poursuites publiques (Direction des appels), Halifax.

Shaun Edward Rockey v. Her Majesty the Queen (Crim.)(Ont.)(24784)**Indexed as: R. v. Rockey / Répertoire: R. c. Rockey**Judgment rendered November 21, 1996 / Jugement rendu le 21 novembre 1996

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

Criminal law -- Evidence -- Hearsay -- Exceptions -- Evidence of children -- Accused charged with sexual assault of two-and-a-half-year-old child -- Child five years old at time of trial -- Crown not calling child as witness but instead tendering out-of-court statements he had made to others -- Whether trial judge erred in admitting hearsay statements without express inquiry into their necessity -- Whether trial judge erred in admitting certain out-of-court statements without a voir dire -- Whether trial judge erred in failing to charge jury on which statements it could use for truth of their contents and which went to credibility only -- Whether verdict would necessarily have been the same -- Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with sexual assault of R, a two-and-a-half-year-old child. The accused was a friend of R's father, who on the evening in question asked him to babysit while he ran some errands. R was left alone with the accused for two hours. In the following days, R complained that his bum was sore. Two days later he told his mother that the accused had hurt his bum and "put his peter in [his] bum". The child was seen by a pediatrician who confirmed injury to the anus consistent with the insertion of a blunt object. In the subsequent months, R's behaviour changed. He was no longer happy and outgoing. He exhibited fear of social encounters, particularly with men. He engaged in inappropriate sexual behaviour with other children. On a number of occasions, he made statements to various people about the incident with the accused. The matter came on for trial some years later, when R was five years old. The Crown did not call the child, but instead tendered seven statements he had made about the incident, arguing that while hearsay, they were admissible as necessary and reasonably reliable following this Court's decision in *Khan*. On the initial *voir dire* on the admissibility of these statements, the trial judge ruled that two would be admitted and rejected the other five. On a second *voir dire*, defence counsel argued that in view of certain inconsistent statements, referring to the father as having been present at the incident, all the statements should be excluded. The trial judge rejected that argument but accepted defence counsel's alternative argument that R's statements bearing on his father's presence or absence should be admitted. As the trial proceeded, a number of statements attributed to R, including some never subjected to a *voir dire*, were admitted into evidence without objection and without any further *voir dire*s or rulings. The accused did not testify or present evidence of alibi. In his instructions to the jury at the conclusion of the trial, the trial judge referred to the statements globally as having been introduced as an exception to the hearsay rule. The accused was convicted. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, **Sopinka** and Gonthier JJ.: The question of necessity on which the trial judge erred in failing to make findings was a preliminary determination of mixed law and fact relating to the admissibility of crucial evidence. While findings on those preliminary matters would have constituted mixed questions of law and fact, failure to make them was an error of law. Where that occurs, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* requires the court to trace the effect of the error through the process of the trial and to determine its effect on the ultimate verdict. In this case, the trial judge was required to address two issues preliminary to a finding of necessity: (a) testimonial competence, and, if competent, (b) potential trauma to the child should he testify. With respect to (a), an evaluation of the evidence could lead to different conclusions. In any event, some trial judges might have considered speaking to the child under child-friendly circumstances. With respect to (b), however, in light of the uncontradicted evidence of the Crown's expert witness, a trial judge would inevitably have concluded that the child would be traumatized by actually being called as a witness. It follows that the element of necessity is made out in law and the evidence would inevitably have been admitted had the trial judge not erred. Accordingly, the verdict would necessarily have been the same. The admission of certain additional statements did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown has discharged its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

Per Cory, **McLachlin**, Iacobucci and Major JJ.: A trial judge on an application to admit hearsay evidence pursuant to *Khan* should formally consider and rule on whether the requirements of necessity and reliability are met. Where a trial judge neglects to make a finding which is essential to determining the admissibility of a crucial piece of evidence, this may amount to an error of law which necessitates the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The majority of the Court of Appeal did not err here in concluding that the trial judge would inevitably have admitted the hearsay evidence had he properly considered and ruled upon its admissibility. This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable. Reliability was conceded and is not in issue here. Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, based on psychological assessments, that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child. A reasonable trial judge would inevitably have found the requirement of necessity to be met in this case. It is

unrealistic to conclude that R could have communicated his evidence in any useful sense. Moreover, even if R possessed the ability to communicate his evidence under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*, the expert evidence established clearly that he did not understand what it meant to promise to tell the truth, and so he could not meet the requirement of s. 16(3). The evidence also supports a finding of necessity on the grounds of trauma to the child.

With respect to the admission of out-of-court statements that were never the subject of a formal *voir dire*, these statements, which pertained to the presence or absence of the father at the incident, were admitted at the insistence of the defence and were obviously not intended to be used as evidence of the truth of their contents, but were admitted to provide a ground for arguing that R had been inconsistent regarding his father's presence or absence. On this view, there was in fact a *voir dire* and a ruling on the admissibility of the subsequent statements.

In his charge to the jury the trial judge did not differentiate between the two statements ruled admissible at the first *voir dire*, which were admitted for the truth of their contents, and the other statements, which were admitted on the issue of consistency. Assuming that the trial judge's failure to instruct the jury on the different purposes for which it could use the different statements constitutes error, in the circumstances of this case no reasonable jury receiving the limiting instruction would have arrived at a different conclusion. The additional statements objected to added no new information capable of strengthening the statements tendered for their truth. Further, any effect the absence of the direction might possibly have had pales to insignificance against the backdrop of the strength of the case against the accused. No reasonable jury, properly instructed, would have entered a verdict of acquittal.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

D. Fletcher Dawson, for the appellant.

M. David Lepofsky, for the respondent.

Solicitors for the appellant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.

Solicitor for the respondent: 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.

Droit criminel -- Preuve -- Oûi-dire -- Exceptions -- Témoignage d'enfants -- Accusé inculpé d'agression sexuelle contre un enfant de deux ans et demi -- Enfant âgé de cinq ans au moment du procès -- Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve des déclarations extrajudiciaires de l'enfant à d'autres personnes -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les déclarations relatées sans examiner de façon particulière leur nécessité? -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant certaines déclarations extrajudiciaires sans tenir de voir-dire? -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant, dans ses directives, d'indiquer au jury celles des déclarations qu'il pouvait utiliser comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement? -- Le verdict aurait-il nécessairement été le même? -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 68(1b)(iii).

L'accusé a été inculpé d'avoir agressé sexuellement R, un enfant de deux ans et demi. L'accusé était un ami du père de R. Le soir en question, le père a demandé à l'accusé s'il voulait bien garder l'enfant pendant qu'il allait faire des courses. Il a laissé R seul avec l'accusé pendant deux heures. Dans les jours qui ont suivi, l'enfant s'est plaint d'avoir mal au derrière. Deux jours plus tard, l'enfant a dit à sa mère que l'accusé lui avait fait mal au derrière et qu'il [TRADUCTION] «lui avait mis son zizi dans le derrière». L'enfant a été amené chez un pédiatre, qui a confirmé que l'enfant avait subi à l'anus une lésion susceptible d'avoir été provoquée par l'insertion d'un objet contondant. Au cours des mois qui ont suivi, le comportement de R a changé. Il n'était plus joyeux et sociable. Il craignait les contacts sociaux, surtout avec les hommes. Il a également commencé à avoir un comportement sexuel inapproprié avec d'autres enfants. À un certain nombre d'occasions, il a fait à diverses personnes des déclarations concernant l'incident avec l'accusé. Lorsque le procès a eu lieu quelques années plus tard, R était alors âgé de cinq ans. Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve sept déclarations faites par R au sujet de l'incident, et a soutenu que, même si elles constituaient du *ouï-dire*, ces déclarations étaient admissibles parce qu'elles étaient nécessaires et raisonnablement fiables, conformément à l'arrêt *Khan* de notre Cour. Au cours du premier *voir-dire* sur l'admissibilité de ces déclarations, le juge du procès a statué que deux d'entre elles seraient admises, mais il a rejeté les cinq autres. Durant un deuxième *voir-dire*, l'avocat de la défense a prétendu que toutes les déclarations devraient être exclues, vu l'existence de certaines déclarations incompatibles, faisant état de la présence du père au cours de l'incident. Le juge du procès a rejeté cet argument, mais il a accepté l'argument subsidiaire de l'avocat de la défense qu'il y avait lieu d'admettre les déclarations de R concernant

la présence ou l'absence de son père. Au fil du procès, un certain nombre de déclarations attribuées à R, y compris certaines n'ayant jamais donné lieu à un voir-dire, ont été admises en preuve sans objection et sans qu'il y ait d'autres voir-dire ou décisions à cet égard. L'accusé n'a ni témoigné ni présenté de preuve d'alibi. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge du procès a parlé des déclarations globalement, disant qu'elles avaient été introduites en tant qu'exception à la règle du oui-dire. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier: La question de la nécessité sur laquelle le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernait une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires auraient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)b(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. En l'espèce, le juge du procès devait trancher deux questions avant de conclure à la nécessité: a) l'habilité de l'enfant à témoigner et, en cas de réponse affirmative, b) la possibilité que l'enfant subisse un traumatisme s'il témoignait. En ce qui concerne la question a), l'appréciation de la preuve pourrait mener à des conclusions différentes. Quoi qu'il en soit, il est possible que certains juges auraient envisagé de parler avec l'enfant dans un environnement où celui-ci se serait senti à l'aise. Cependant, en ce qui a trait à la question b), vu le témoignage non contredit du témoin expert du ministère public, le juge du procès aurait inévitablement conclu que l'enfant serait traumatisé s'il était effectivement appelé à témoigner. Il s'ensuit qu'on a établi, en droit, la nécessité, et que les éléments de preuve auraient nécessairement été admis si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Par conséquent, le verdict aurait nécessairement été le même. L'utilisation de certaines déclarations additionnelles n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Le ministère public s'est acquitté de l'obligation que lui impose le sous-al. 686(1)b(iii) du *Code*.

Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le juge du procès qui est saisi d'une demande visant à faire admettre une preuve par oui-dire conformément à l'arrêt *Khan* devrait expressément examiner et trancher la question de savoir si les exigences relatives à la nécessité et à la fiabilité sont respectées. Dans les cas où le juge du procès néglige de tirer une conclusion essentielle pour déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve crucial, cela peut constituer une erreur de droit nécessitant l'application du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*. En l'espèce, les juges de la majorité de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que le juge du procès aurait inévitablement admis la preuve par oui-dire s'il avait correctement examiné et tranché la question de l'admissibilité de cet élément. Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de oui-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable. La fiabilité a été admise et n'est pas en litige en l'espèce. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du procès est convaincu, sur le fondement d'évaluations psychologiques, que le fait de témoigner devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter autrement préjudice. Un juge raisonnable aurait inévitablement conclu que l'exigence relative à la nécessité était respectée en l'espèce. Il est irréaliste de conclure que R aurait pu communiquer les faits dans son témoignage de manière utile. Qui plus est, même si R possédait la capacité de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le témoignage de l'expert a clairement établi qu'il ne comprenait pas ce que voulait dire le fait de promettre de dire la vérité, et il ne pouvait donc pas respecter l'exigence prévue au par. 16(3). La preuve étaye également une conclusion de nécessité fondée sur le traumatisme pour l'enfant.

En ce qui concerne l'admission des déclarations extrajudiciaires qui n'ont jamais fait l'objet d'un voir-dire formel, ces déclarations, qui concernaient la présence ou l'absence du père au moment de l'incident, ont été admises sur les instances de la défense et n'avaient évidemment pas pour but de servir comme preuve de la véracité de leur contenu. Elles ont plutôt été admises comme fondement permettant de plaider que R avait fait des déclarations contradictoires relativement à la présence ou à l'absence de son père. Dans cette optique, il y a en fait eu un voir-dire et une décision sur l'admissibilité des déclarations ultérieures.

Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les deux déclarations jugées admissibles au premier voir-dire, qui ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu, et les autres déclarations, qui ont été admises relativement à la question de la cohérence. À supposer que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur les différentes fins auxquelles pouvaient servir les diverses déclarations constitue une erreur, dans les circonstances, aucun jury raisonnable, ayant reçu la directive restrictive, ne serait arrivé à une conclusion différente. Les déclarations additionnelles qui ont fait l'objet d'une objection n'apportaient aucun élément nouveau susceptible de renforcer les déclarations présentées comme preuve de leur véracité. En outre, tout effet qu'a pu avoir l'absence de directives est négligeable comparé à la force de la preuve contre l'accusé. Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait rendu un verdict d'acquiescement.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa condamnation pour agression sexuelle causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

D. Fletcher Dawson, pour l'appelant.

M. David Lepofsky, pour l'intimée.

Procureurs de l'appelant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.

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

Noel Edwin Bell v. Canadian Human Rights Commission - and - David John Cooper v. Canadian Human Rights Commission (F.C.A.)(B.C.)(24135)(24134)

Indexed as: Cooper v. Canada (Human Rights Commission) /

Répertorié: Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)

Judgment rendered November 21, 1996 / Jugement rendu le 21 novembre 1996

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

Administrative law -- Commissions and tribunals -- Right to decide issues of law, including constitutional issues -- Human Rights Commission considering allegation of discrimination based on age -- Act providing that no age discrimination occurring if mandatory retirement set at industry standard -- Investigator appointed by Commission recommending that complaint not proceed to tribunal -- Whether provision excusing age discrimination contrary to equality provisions of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Whether Commission implicitly empowered to refer the matter to a tribunal and so in essence rule on constitutionality of the provision -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1) -- Constitution Act, 1982, s. 52 -- Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(c).

The appellants, who were being retired as airline pilots at age 60 pursuant to their collective agreement, alleged age discrimination, given that most employees in Canada are required to retire only at age 65. They filed complaints with the Canadian Human Rights Commission in April and July 1990 and an investigator was appointed. The employer submitted that no discrimination occurred in that the employment policy was a *bona fide* occupational requirement. The investigator recommended that the Commission dismiss the appellants' complaints. Section 15(c) of the *Canadian Human Rights Act* (the Act), which provided that no discrimination would occur if persons were retired at a normative industrially determined age, would effectively be struck by the Commission as being contrary to the *Charter* if it were to refer the matter to a tribunal for determination. The appellants applied for judicial review in the Federal Court Trial Division, seeking an order to quash the Commission's decision and to direct it to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into their complaints. The motion was dismissed and that finding was upheld on appeal. The employer was granted party status after leave to appeal was granted. After hearing oral submissions from the parties, who were all of the view that the Commission had at least a limited jurisdiction to question the constitutionality of the Act, the Court appointed an *amicus curiae* to present the argument against such a jurisdiction. At issue was whether the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to investigate a complaint has power to determine the constitutionality of a provision of their enabling statute. In particular, could the Commission ignore s. 15(c) of the Act?

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction under the Act to subject the Act's provisions to constitutional scrutiny. The Commission is limited in its jurisdiction by the dictates of the Act. Similarly, a tribunal appointed at the request of the Commission is also without jurisdiction to determine the constitutional validity of a limiting provision of the Act.

No administrative tribunal has an independent source of jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A court must, therefore, as a matter of statutory interpretation determine whether Parliament has granted the administrative tribunal through its enabling statute, either explicitly or implicitly, the power to determine questions of law. If so, the administrative tribunal by the operation of s. 52(1) must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute. There is no need to determine if either the Commission or a tribunal under the Act is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*.

In considering whether an administrative tribunal has the power to determine questions of law, various practical matters such as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal can appropriately be taken into account. These practical considerations, in so far as they reflect the scheme of the enabling statute, provide an insight into the mandate given to the administrative tribunal by the legislature. At the same time there may be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal's having constitutional competence, though such concerns can never supplant the intention of the legislature.

The Act sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. There is no provision in the Act which explicitly gives the Commission power to determine questions of law and nothing in the scheme of the Act implies that the Commission has this power. Looking at the Act as a whole, the role of the Commission is to deal with the intake of complaints and to screen them for proper disposition. The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. The Commission's striking down s. 15(c) of the Act (which is what a referral to a tribunal would amount to) would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has no mandate. Administrative bodies and tribunals are creatures of

statute; the will of the legislature as it appears in that statute must be respected. The role of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law.

Sections 27, 40 and 41 of the Act do no more than enable the Commission to interpret and apply its enabling statute. It does not follow that it then has a jurisdiction to address general questions of law. Every administrative body, to one degree or another, must have the power to interpret and apply its own enabling statute. Determining jurisdiction over a given complaint through reference to the provisions of the Act is conceptually different from its subjecting the same provisions to *Charter* scrutiny. The former represents an application of Parliament's intent as reflected in the Act while the latter involves ignoring that intent.

The practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute are limited. First, since the Commission is not an adjudicative body it cannot be considered a proper forum in which to address fundamental constitutional issues. Allowing the parties to raise such issues would of necessity require a more involved and lengthy process that would interfere with the Commission's screening process. Second, the Commission has no special expertise with respect to questions of law. Having the complainant seek a declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court would be more efficient, both to the parties and to the system in general, given that any ruling of the Commission on the constitutional validity of a provision of the Act would be the subject of judicial review proceedings. In such a setting, the question can be debated in the fullness it requires in such a setting and the proper expertise can be brought to bear on its resolution.

Given the limited jurisdiction of the Commission it logically follows that a tribunal appointed under the Act must also lack the jurisdiction to declare unconstitutional a limited provision of the Act. It could not have been the intent of Parliament to grant a tribunal a jurisdiction that could never be exercised.

Sections 50(1) and 53(2) of the Act empower a tribunal appointed under the Act to inquire into a complaint referred by the Commission. This is primarily and essentially a fact-finding inquiry. In the course of such an inquiry a tribunal has the jurisdiction to consider questions of law, including questions of statutory interpretation and constitutional questions. Where a tribunal does make legal findings it is not entitled to deference by a reviewing court.

Per Lamer C.J.: Judicial review, while necessary to preserve important constitutional values, is inherently controversial in a democracy like Canada because it confers on unelected officials the power to question decisions arrived at through the democratic process. As a matter of constitutional principle that power must accordingly be reserved to the courts and should not be given over to bodies that are mere creatures of the legislature, whose members are usually vulnerable to removal with every change of government, and whose decisions in some circumstances are made within the parameters of guidelines established by the executive branch of government. The previous judgments of this Court may have misunderstood and distorted the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary by giving administrative tribunals access to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The application of this section should be reserved to the courts because the task of declaring invalid legislation enacted by a democratically elected legislature is within the exclusive domain of the judiciary. (The role of administrative tribunals in relation to s. 24(1) was not addressed.)

The premise relied on by the other members of the Court--that the intent to confer a power to interpret general law on tribunals implies an intent to confer on tribunals a power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter*--is suspect. Firstly, this inference is artificial. Many, if not most of the tribunals which have been set up by Parliament and the provincial legislatures were created before the enactment of the *Charter* in 1982. Granting the power to tribunals to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* could not have possibly been within the contemplation of Canada's legislatures. Secondly, this inference is profoundly illogical. A legislature could only intend to confer on a tribunal the power to judge the constitutionality of that tribunal's enabling legislation if the legislature had knowingly passed a constitutionally suspect law; otherwise, the conferral of the power would be unnecessary. A legislature would not knowingly pass constitutionally suspect legislation. The presumption of constitutionality suggests that legislatures assume the constitutionality of their enactments. In any event, if the legislature did know that a piece of legislation was constitutionally suspect, and nonetheless enacted it into law, it is not readily apparent why the legislature would also confer on the tribunal to which the legislature assigns the responsibility of giving effect to the legislation the power to hold various provisions of the legislation inoperative.

First principles of the Constitution must be revisited in order to comprehend properly the relationship between s. 52 and administrative tribunals.

Douglas College, Cuddy Chicks and *Tétreault-Gadoury* offend the constitutional principle of separation of powers which is one of the defining features of the Canadian Constitution. Although the separation of powers under the Canadian Constitution is not strict, Canadian constitutional law recognizes some notion of the separation of powers. The existence of courts flows from the separation of powers as is evidenced from the jurisprudence on s. 96 of the *Constitution*

Act, 1867 and from the case law interpreting the preamble of the *Constitution Act, 1867* which states that Canada is to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”.

The constitutional status of the judiciary, flowing as it does from the separation of powers, requires that certain functions be exclusively exercised by judicial bodies. The judiciary, while it does not have an interpretive monopoly over questions of law, must nevertheless have exclusive jurisdiction over challenges to the validity of legislation under the Constitution of Canada, and particularly the *Charter*. Only courts have the requisite independence to be entrusted with the constitutional scrutiny of legislation when that scrutiny leads a court to declare invalid an enactment of the legislature. Mere creatures of the legislature, whose very existence can be terminated at the stroke of a legislative pen, whose members usually serve at the pleasure of the government of the day and whose decisions in some circumstances are properly governed by guidelines established by the executive branch of government, are not suited to this task. Security of tenure, financial security, and independence with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of the courts’ judicial function define judicial independence. In the context of *Charter* adjudication, these features help to insulate the courts from interference, *inter alia*, by elected legislatures, and thus ensure that courts can safeguard the supremacy of *Charter* rights through the vehicle of s. 52.

The case law relies on a distinction between refusals to apply legislation and declarations of invalidity in order to claim that tribunals are not encroaching upon the judicial role. Many tribunals, however, operate according to an informal doctrine of precedent. The *de facto* equivalence between refusals to apply legislation and declarations of invalidity decisively demonstrates that tribunals, when they refuse to apply their enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, are improperly exercising the role of the courts. This Court’s decisions authorizing tribunals to overstep their constitutional role are, accordingly, in serious need of revision. And for the same reasons, tribunals cannot be expressly given the power to consider the constitutionality of their enabling legislation.

This conclusion does not detract from the power of the Commission to determine whether complaints fall within federal jurisdiction according to the division of powers. An important conceptual difference exists between the Commission’s interpreting its enabling legislation in light of the division of powers, and the Commission’s questioning the validity of that legislation in light of the *Charter*. When it performs the former role, the Commission is merely determining whether it has jurisdiction over a matter, because the clear intent of Parliament was that the Commission should only operate within the confines of federal jurisdiction. As well, these comments should not be construed as detracting from the general duty to interpret statutes in light of *Charter* values.

Douglas College, Cuddy Chicks and *Tétreault-Gadoury* also offend a second defining feature of the Canadian Constitution, its commitment to Parliamentary democracy. The *Constitution Act, 1867* incorporated those aspects of Parliamentary democracy that have taken legal form. One of those aspects is the legal relationship between the executive and the legislature. The role of the executive is to effectuate legislative intent. The justification for this hierarchical relationship, in present-day Canada, is a respect for democracy because legislatures are representative institutions accountable to the electorate. The assumption by administrative tribunals of jurisdiction over the *Charter*, however, inverts this hierarchical relationship. Instead of putting the intent of the legislature into effect, the case law of this Court enables tribunals to challenge the decisions of the democratically elected legislature. A tribunal has, in these circumstances, unconstitutionally usurped power which it did not have. The framers of the *Charter* did not intend to alter so fundamentally the nature of the relationship between the executive and the legislature.

Per L’Heureux-Dubé and **McLachlin JJ.** (dissenting): Every tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to decide those issues. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter.

Two related principles of general application apply. First, all decision-making tribunals, whether courts or administrative tribunals, are bound to apply the law, including the *Charter*. Second, a tribunal’s ruling that a law is inconsistent with the *Charter* is nothing more than a case of applying the law.

Douglas College, Tétreault-Gadoury and *Cuddy Chicks* stand for two related propositions. First, an administrative tribunal which has the power to decide questions of law has the power to decide the validity of particular laws under the *Charter*. Second, an administrative tribunal provided that it is discharging a function assigned to it by its legislation may, in the course of doing so, consider and decide *Charter* issues. As a corollary, the cases affirm a third proposition: no express term is required for the tribunal to apply the *Charter*.

The power of the Commission to consider legal questions, while not expressly stated, may be inferred from the Act. Many of its duties could not be accomplished without the power to consider issues of law generally and the effect of the *Charter* on human rights law more particularly. Parliament did not intend that the Commission, which was required to interpret the law for the purposes of Part I of the Act (Proscribed Discrimination), should be forbidden from making legal interpretation in discharging its Part III (Discriminatory Practices and General Provisions) duties. The Commission accordingly has the power to interpret the law in determining whether to refer a complaint to a tribunal or dismiss it. The

Act confers the same power to consider and decide issues of law on the Tribunals appointed to investigate and decide particular complaints.

A tribunal may consider the *Charter* in carrying out the mandate conferred upon it by Parliament or the legislature. Several provisions of the Act support the conclusion that not only is the Commission empowered to consider questions of law but also that it is obliged to do so. This obligation extends to permitting boards and tribunals appointed under human rights legislation to hold that provisions of the law are invalid. Often this has been assumed without challenge. The Commission functions as gatekeeper to the tribunal process and accordingly cannot be not barred from considering questions of law which the tribunal is permitted to consider for the Commission must first consider that question.

The Commission accordingly has the power to consider the issue of whether the *Charter* renders invalid the "normal age of retirement" defence. Given that the Commission's only duty is to screen the complaint, it need not decide the question finally but only determine whether it has a reasonable chance of success. In the context of its duties under the Act, the Commission has the expertise to carry out its duty in this regard. The Commission should refer the matter to a tribunal which can hear full representations on the matter and make its decision accordingly if it decides that the complaint has a reasonable chance of success. The tribunal's decision on the issue of law may in turn be reviewed by the review tribunal. The review tribunal's decision in turn may be filed as a decision of the Federal Court, from which appeal lies to the Federal Court of Appeal.

The argument that *McKinney v. University of Guelph* (which held a provision setting mandatory retirement at age 65 to be contrary to s. 15 of the *Charter* but saved under s. 1) was based on the conclusion of the Court that age 65 was the "normal" age of retirement for the occupation at issue and that, similarly, a statute providing for retirement at the normal age for the occupation in question must also be saved under s. 1, oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charter*. Section 1 is about much more than what is usual or "normal". The usual practice may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it. Each case must be looked at on its own circumstances.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 167 N.R. 17, 22 C.H.R.R. D/90, 25 Admin. L.R. (2d) 275, dismissing appeals from judgments of the Trial Division (1992), 54 F.T.R. 96, 22 C.H.R.R. D/87, dismissing applications for judicial review. Appeals dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David John Cooper, appearing on his own behalf.

Noel Edwin Bell, appearing on his own behalf.

René Duval and *William F. Pentney*, for the respondent Canadian Human Rights Commission.

Rhys Davies and *Jennifer Duprey*, for the respondent Canadian Airlines International Ltd.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the Amicus Curiae.

David John Cooper, on his own behalf.

Noel Edwin Bell, on his own behalf.

Solicitor for the respondent Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the respondent Canadian Airlines International Ltd.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the Amicus Curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

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

Droit administratif -- Commissions et tribunaux administratifs -- Droit de trancher des questions de droit, y compris des questions constitutionnelles -- Allégation de discrimination fondée sur l'âge examinée par la Commission des droits de la personne -- Loi disposant qu'il n'y a pas discrimination fondée sur l'âge si l'âge de la retraite obligatoire est établie suivant la norme en vigueur dans le secteur -- Recommandation de l'enquêteur nommé par la Commission que la plainte ne soit pas déferée devant un tribunal -- La disposition permettant la discrimination fondée sur l'âge est-elle contraire aux dispositions sur l'égalité de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? -- La Commission a-t-elle le pouvoir implicite de déferer l'affaire à un tribunal et de se prononcer ainsi en substance sur la

constitutionnalité de la disposition? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1) -- Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 -- Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c).

Les appelants, qui devaient être mis à la retraite comme pilotes de ligne à l'âge de 60 ans conformément à leur convention collective, ont allégué la discrimination fondée sur l'âge, étant donné que la plupart des employés au Canada sont tenus de prendre leur retraite seulement à l'âge de 65 ans. Ils ont déposé des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en avril et en juillet 1990 et un enquêteur a été nommé. L'employeur a fait valoir qu'il n'y avait pas eu discrimination parce que la politique d'emploi constituait une exigence professionnelle justifiée. L'enquêteur a recommandé que la Commission rejette les plaintes des appelants. L'alinéa 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qui dispose qu'il n'y a pas discrimination si la mise à la retraite intervient à un âge normal selon les normes en vigueur dans le secteur, serait dans les faits invalidé par la Commission comme contraire à la *Charte* si cette dernière soumettait l'affaire à l'examen d'un tribunal. Les appelants ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission et prescrivant à cette dernière de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal pour examiner leurs plaintes. La requête a été rejetée et cette décision a été confirmée en appel. L'employeur a obtenu qualité pour agir après que l'autorisation de pourvoi eut été accordée. Après audition des plaidoiries des parties, qui étaient toutes d'avis que la Commission disposait à tout le moins d'une compétence limitée pour examiner la constitutionnalité de la Loi, la Cour a nommé un *amicus curiae* pour faire valoir les arguments militant contre l'existence d'une telle compétence. Il s'agissait de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne ou un tribunal constitué par elle pour enquêter sur une plainte ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une disposition de leur loi habilitante. En particulier, la Commission pouvait-elle ne pas tenir compte de l'al. 15c) de la Loi?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Les pourvois sont rejetés.

Les juges **La Forest**, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La Loi ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions. La compétence de la Commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même façon, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constitue pas une source indépendante de compétence pour les tribunaux administratifs. La cour de justice doit donc, en faisant appel à l'interprétation des lois, se demander si, explicitement ou implicitement, le Parlement a inclus le pouvoir de trancher des questions de droit dans la loi habilitante du tribunal administratif. Dans l'affirmative, le tribunal peut, par application du par. 52(1), se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission ou un tribunal constitué en vertu de la Loi est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

Pour déterminer si un tribunal administratif a le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, diverses questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant lui, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise peuvent à bon droit être prises en considération. Ces considérations d'ordre pratique, dans la mesure où elles font ressortir l'économie de la loi habilitante, renseignent sur le mandat que le législateur a confié au tribunal administratif. Des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs appuyer ou réfuter l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles considérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

La Loi prévoit un processus complet de traitement des plaintes en matière de droits de la personne. La Commission est un rouage essentiel de ce processus. La Loi ne renferme aucune disposition conférant expressément à la Commission le pouvoir de statuer sur des questions de droit et rien non plus dans l'économie de la Loi ne permet d'inférer que la Commission dispose de ce pouvoir. Si l'on considère la Loi dans son ensemble, le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et à en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient. La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Si la Commission invalidait l'al. 15c) de la Loi (ce qu'elle ferait si elle déférait la plainte à un tribunal), elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi. Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle décisionnel important indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit.

Les articles 27, 40 et 41 de la Loi ne font qu'habiliter la Commission à interpréter et à appliquer sa loi habilitante. Il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales. Les organismes administratifs doivent tous, à des degrés variables, disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer leur loi habilitante. Déterminer la question de la compétence sur une plainte donnée en se reportant aux dispositions de la Loi procède d'une démarche conceptuellement différente de celle qui consiste à examiner les dispositions de cette loi sous l'angle de la

Charte. La première démarche constitue l'application de l'intention du législateur telle qu'elle ressort de la Loi, tandis que la seconde revient à ne pas tenir compte de cette intention.

Les avantages pratiques qui pourraient découler du pouvoir de la Commission d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante sont limités. Premièrement, n'étant pas un organisme décisionnel, la Commission ne peut être considérée comme un forum approprié pour l'examen de questions constitutionnelles fondamentales. Permettre aux parties de soulever des questions de cette nature suppose nécessairement un processus plus complexe et plus long qui entraverait le processus d'examen préalable de la Commission. Deuxièmement, la Commission n'a pas d'expertise particulière en ce qui a trait aux questions de droit. Il serait plus efficace, pour les parties et pour le système en général, que le plaignant demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale de rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, étant donné que toute décision de la Commission sur la validité constitutionnelle d'une disposition de la Loi ferait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans un tel cadre, la question peut être examinée comme il convient et sa solution peut bénéficier de l'expertise nécessaire.

Vu la compétence limitée de la Commission, il en découle logiquement qu'un tribunal constitué en vertu de la Loi est également dépourvu de la compétence pour déclarer inconstitutionnelle une disposition limitative de la Loi. Le législateur ne peut avoir eu l'intention de conférer aux tribunaux constitués en vertu de la Loi une compétence qu'ils ne pourraient jamais exercer.

Les paragraphes 50(1) et 53(2) de la Loi confèrent au tribunal constitué en vertu de ses dispositions le pouvoir d'examiner l'objet de la plainte qui lui est déferée par la Commission. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits. Au cours d'une telle enquête, un tribunal a compétence pour examiner des questions de droit, dont des questions relevant de l'interprétation des lois et des questions constitutionnelles. Lorsqu'il formule des conclusions juridiques, le tribunal n'a pas droit à l'application de la règle de la retenue judiciaire par la cour de justice siégeant en appel.

Le Juge en chef Lamer: Bien que le contrôle judiciaire soit nécessaire pour préserver les valeurs constitutionnelles importantes, il prête en soi à la controverse dans une démocratie comme le Canada, parce qu'il confère à des représentants non élus le pouvoir de contester des décisions auxquelles on est arrivé grâce au processus démocratique. Comme principe constitutionnel, ce pouvoir doit en conséquence être réservé aux cours de justice et ne devrait pas être accordé à des organismes qui sont de simples créatures du législateur, dont les membres sont habituellement susceptibles d'être démis de leurs fonctions à chaque changement de gouvernement et dont les décisions dans certains cas sont rendues dans le cadre de lignes directrices établies par le pouvoir exécutif du gouvernement. Dans ses arrêts antérieurs, notre Cour a peut-être mal compris et dénaturé le réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire en donnant aux tribunaux administratifs l'accès à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'application de cet article devrait être réservée aux cours de justice parce que la tâche de déclarer non valide une loi adoptée par une législature élue démocratiquement relève exclusivement du judiciaire. La question du rôle des tribunaux administratifs en rapport avec le par. 24(1) n'a pas été abordée.

La prémisse sur laquelle s'appuient les autres membres de la Cour — à savoir que l'intention de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter des questions de droit en général implique l'intention de leur conférer le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* — est douteuse. Premièrement, une telle déduction est artificielle. Un grand nombre, sinon la plupart, des tribunaux administratifs institués par le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont été créés *avant* l'adoption de la *Charte* en 1982. Les législateurs canadiens n'auraient pas pu envisager de conférer à ces tribunaux le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte*. Deuxièmement, cette déduction est vraiment illogique. Le législateur ne pourrait avoir l'intention de conférer à un tribunal administratif le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante que s'il avait adopté sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel; sinon, l'octroi du pouvoir ne serait pas nécessaire. Le législateur n'adopterait pas sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel. La présomption de constitutionnalité semble indiquer que le législateur tient pour acquis que les lois qu'il adopte sont constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, si le législateur savait qu'une loi était douteuse sur le plan constitutionnel, mais qu'il l'a néanmoins adoptée, on ne voit pas facilement pourquoi il conférerait également au tribunal auquel il attribue la responsabilité de lui donner effet le pouvoir de conclure au caractère inopérant de diverses dispositions de cette loi.

Il faut retourner aux principes premiers de la Constitution pour bien comprendre le lien entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs.

Les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* sont contraires au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui est l'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne. Bien que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne ne soit pas absolue, le droit constitutionnel canadien reconnaît une certaine notion de séparation des pouvoirs. L'existence des cours de justice découle de la séparation des pouvoirs tel qu'il appert de la jurisprudence concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'interprétation

jurisprudentielle du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui établit que le Canada doit avoir une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l'interprétation des questions de droit, il doit néanmoins avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la *Charte*. Seules les cours de justice jouissent de l'indépendance requise pour qu'on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à déclarer non valide un texte adopté par le législateur. De simples créatures du législateur, dont l'existence même peut prendre fin d'un trait de plume de sa part, dont les membres sont habituellement en fonction selon le bon plaisir du gouvernement au pouvoir, et dont les décisions dans certains cas sont à juste titre régies par des lignes directrices établies par la branche exécutive du gouvernement, ne conviennent pas pour cette tâche. L'indépendance des tribunaux se caractérise par l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Dans le contexte d'une décision rendue en vertu de la *Charte*, ces caractéristiques aident à mettre les cours de justice à l'abri de l'ingérence, entre autres, des législatures élues et leur permettent de sauvegarder la suprématie des droits garantis par la *Charte* au moyen de l'art. 52.

La jurisprudence s'appuie sur une distinction entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité pour affirmer que les tribunaux administratifs n'empiètent pas sur le rôle du judiciaire. Beaucoup de tribunaux administratifs, toutefois, fonctionnent suivant une doctrine informelle du précédent. L'équivalence de fait entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité montre de façon décisive que les tribunaux administratifs, lorsqu'ils refusent d'appliquer leur loi habilitante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exercent sans droit le rôle des cours de justice. Les arrêts de notre Cour qui autorisent les tribunaux administratifs à outrepasser leur rôle constitutionnel ont par conséquent grandement besoin d'être révisés. Et pour les mêmes motifs, les tribunaux administratifs ne peuvent pas se voir conférer expressément le pouvoir d'examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante.

Cette conclusion ne diminue pas le pouvoir de la Commission de déterminer si les plaignants sont visés par la compétence du gouvernement fédéral selon le partage des pouvoirs. Il existe une différence conceptuelle importante entre l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante à la lumière du partage des pouvoirs et la mise en doute par la Commission de la validité de cette loi à la lumière de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce le premier rôle, la Commission détermine simplement si elle a le pouvoir de statuer sur une question, parce que l'intention claire du législateur était qu'elle agisse seulement dans les limites des pouvoirs du gouvernement fédéral. En outre, ces remarques ne devraient être interprétées comme visant à diminuer l'obligation générale d'interpréter les lois à la lumière des valeurs exprimées dans la *Charte*.

Les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* vont également à l'encontre d'une deuxième caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne, soit son engagement à l'égard de la démocratie parlementaire. La *Loi constitutionnelle de 1867* a incorporé les aspects de la démocratie parlementaire qui ont revêtu une forme juridique. L'un de ces aspects est le rapport juridique entre l'exécutif et le législatif. Le rôle de l'exécutif consiste à réaliser l'intention du législateur. C'est le respect de la démocratie qui justifie ce rapport hiérarchique dans le Canada actuel, car les législatures sont des institutions représentatives qui doivent répondre de leurs actions devant l'électorat. La prise en charge par les tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur les questions relatives à la *Charte* inverse toutefois ce rapport hiérarchique. Au lieu de réaliser l'intention du législateur, la jurisprudence de notre Cour permet aux tribunaux administratifs de contester les décisions prises par une législature élue démocratiquement. Un tribunal administratif a, dans ces circonstances, usurpé inconstitutionnellement un pouvoir qu'il n'avait pas. Les rédacteurs de la *Charte* n'avaient pas l'intention de modifier aussi fondamentalement la nature du rapport entre l'exécutif et le législatif.

Les juges L'Heureux-Dubé et **McLachlin** (dissidentes): Tout tribunal appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien.

Deux principes connexes d'application générale s'appliquent. Premièrement, les organismes décisionnels, qu'il s'agisse de tribunaux judiciaires ou administratifs, sont tenus d'appliquer la loi, y compris la *Charte*. Deuxièmement, la décision d'un tribunal selon laquelle une règle de droit contrevient à la *Charte* n'est rien d'autre que l'application de la loi.

Les arrêts *Douglas College*, *Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* établissent deux principes connexes. Premièrement, un tribunal administratif qui dispose du pouvoir de statuer sur des questions de droit est habilité à se prononcer sur la validité de dispositions législatives particulières au regard de la *Charte*. Deuxièmement, dans la mesure où il exerce une fonction qui lui a été dévolue par sa loi habilitante, un tribunal administratif peut examiner et trancher des questions relatives à la *Charte*. En corollaire, ces arrêts énoncent un troisième principe, savoir qu'il n'est pas nécessaire que ce pouvoir lui soit conféré en termes explicites pour que le tribunal puisse appliquer la *Charte*.

Le pouvoir de la Commission d'examiner des questions de droit n'est pas prévu expressément dans la Loi, mais il peut s'inférer de ses termes. Un grand nombre de ses obligations ne pourraient être exécutées sans le pouvoir d'examiner des questions de droit en général et, plus particulièrement, celui d'examiner les effets de la *Charte* sur les dispositions législatives en matière de droits de la personne. Le législateur n'a pas voulu que la Commission, à qui il incombe d'interpréter la loi pour les fins de la partie I de la Loi (Motifs de distinction illicite), s'acquitte des fonctions qui lui sont conférées par la partie III (Actes discriminatoires et dispositions générales) sans exercer de pouvoir d'interprétation. La Commission jouit par conséquent d'un pouvoir d'interprétation pour déterminer s'il y a lieu de rejeter une plainte ou de la déférer à un tribunal. Aux termes de la Loi, le tribunal constitué pour examiner une plainte et en décider dispose lui aussi du pouvoir de prendre en considération et de trancher des questions de droit.

Un tribunal peut examiner la *Charte* dans l'exécution du mandat que lui confère le législateur. Diverses dispositions de la Loi étayent la conclusion non seulement que la Commission canadienne des droits de la personne est habilitée à examiner des questions de droit mais également qu'elle doit le faire. Cette obligation englobe la possibilité pour les organismes et les tribunaux constitués en vertu de lois sur les droits de la personne de conclure à l'invalidité de dispositions législatives. Cette possibilité a souvent été présumée sans contestation. La Commission est la gardienne du processus du tribunal et elle ne peut donc pas être empêchée d'examiner des questions de droit que le tribunal peut examiner puisque qu'elle doit d'abord les étudier.

La Commission a par conséquent le pouvoir d'examiner la question de savoir si la *Charte* invalide le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur». Comme sa fonction ne consiste qu'à effectuer un examen préalable de la plainte, la Commission n'a pas à rendre de décision définitive; elle doit seulement déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que la plainte soit accueillie. Dans le contexte des fonctions que lui attribue la Loi, la Commission a l'expertise nécessaire à cet égard. Si elle conclut à l'existence de cette possibilité, elle doit alors déférer la question à un tribunal, qui tient une audience complète et rend sa décision en conséquence. La décision du tribunal sur la question de droit est susceptible de révision par un tribunal d'appel. La décision du tribunal d'appel peut, à son tour, être déposée au greffe de la Cour fédérale comme décision de cette cour et faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

L'argument selon lequel l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (où on a jugé qu'une disposition établissant à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*, mais était justifiée par l'article premier) reposait sur la conclusion de la Cour selon laquelle 65 ans constituait l'âge de la retraite «en vigueur» pour l'emploi en cause et qu'il s'ensuivait qu'une disposition législative prévoyant la mise à la retraite à l'âge en vigueur pour l'emploi visé devait également être justifiée aux termes de l'article premier, procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte*. L'article premier fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou «en vigueur». Il se peut qu'un usage habituel soit injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre. Il faut examiner chaque affaire en fonction de ses propres circonstances.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 167 N.R. 17, 22 C.H.R.R. D/90, 25 Admin. L.R. (2d) 275, qui a rejeté les appels contre les jugements de la Section de première instance (1992), 54 F.T.R. 96, 22 C.H.R.R. D/87, qui avait rejeté des demandes de contrôle judiciaire. Pourvois rejetés, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

René Duval et *William F. Pentney*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Rhys Davies et *Jennifer Duprey*, pour l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l'amicus curiae.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

Procureur de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'amicus curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

WEEKLY AGENDA

ORDRE DU JOUR DE LA SEMAINE

AGENDA for the week beginning November 25, 1996.
ORDRE DU JOUR pour la semaine commençant le 25 novembre 1996.

<u>Date of Hearing/ Date d'audition</u>	<u>Case Number and Name/ Numéro et nom de la cause</u>
25/11/96	Southam Inc., et al v. Director of Investigation and Research (F.C.A.)(Ont.)(24915)
26/11/96	Gerald James Phillips v. Her Majesty the Queen -and between- Roger James Parry v. Her Majesty the Queen (Crim.)(N.S.)(25075)
27/11/96	Robert William Latimer v. Her Majesty the Queen (Crim.)(Sask.)(24818)
27/11/96	Arthur Hill, et al v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.)(24782)
28/11/96	Richard Dean Leipert v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(25293)
28/11/96	David Farber v. Royal Trust Company (Que.)(24885)
29/11/96	Raymond Roy Izony v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(25042)
29/11/96	Henry Lewis Bramwell v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(25211)

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.

24915 *Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., and Elty Publications Ltd. v. The Director of Investigation and Research*

Administrative law - Competition law - Tribunals - Remedies - Mergers - Relevant product market - Curial deference - Competition Tribunal considering the proposed mergers of several newspapers - Whether the Federal Court of Appeal erred in holding that it need not pay curial deference to the Tribunal on the issue of relevant product market definition - Whether the Federal Court of Appeal erred in substituting its own product market definition for that of the Tribunal on the grounds that the Tribunal had "ignored" material evidence - Whether the Federal Court of Appeal's refusal to set aside the Tribunal's remedies order was based on a misinterpretation of the nature and scope of the Tribunal's remedial authority.

The Appellant, Southam Inc. ("Southam"), through a subsidiary owns the two Vancouver area daily newspapers which are sold in the Lower Mainland of British Columbia and throughout the rest of the province. Southam acquired a direct or indirect controlling interest in thirteen community newspapers in the Lower Mainland as well as the Real Estate Weekly. Following these acquisitions, the Respondent, the Director of Investigation and Research, applied to the Competition Tribunal for an order pursuant to s. 92 of the *Competition Act* requiring Southam to dispose of its interest in two of the community newspapers as well as the Real Estate Weekly.

In its decision of June 2, 1992, the Tribunal granted in part the Respondent's application for divestiture and a subsequent decision ordered Southam to divest itself of either the Real Estate Weekly or a community newspaper. Proceedings before the Tribunal were stayed pending an appeal to the Federal Court of Appeal.

On August 8, 1995, the Federal Court of Appeal allowed the appeal of the Respondent of the Tribunal's dismissal of its application under s. 92 and ordered the matter remitted back to the Tribunal. The same day the Federal Court of Appeal dismissed the Appellant's appeal of the Tribunal Remedies decision requiring Southam to divest itself of either the Real Estate Weekly or a community newspaper.

Origin of the case:	Federal Court of Appeal
File No.:	24915
Judgment of the Court of Appeal:	August 8, 1995
Counsel:	Glenn Leslie, Neil Finkelstein, John Quinn and Mark Katz for the Appellants Stanley Wong and Donald B. Houston for the Respondent

24915 *Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc. et Elty Publications Ltd. c. Le directeur des enquêtes et recherches*

Droit administratif - Droit de la concurrence - Tribunaux - Réparations - Fusions - Marché du produit pertinent - Retenue judiciaire - Le Tribunal de la concurrence a examiné le fusionnement proposé de plusieurs journaux - La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en affirmant qu'elle n'avait pas à faire preuve de retenue judiciaire envers le Tribunal relativement à la question de la définition pertinente du marché du produit? - La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant sa propre définition du marché du produit à celle du Tribunal sur le fondement que le Tribunal n'avait «tenu aucun compte» d'éléments de preuve substantiels? - Le refus de la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ordonnance de réparation du Tribunal était-il fondé sur une interprétation fautive de la nature et de l'étendue du pouvoir du Tribunal en matière de réparation?

L'appelante, Southam Inc. («Southam»), par l'entremise d'une filiale, possède les deux quotidiens de la région de Vancouver qui sont vendus dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique et dans le reste de la province. Southam a acquis une participation majoritaire directe ou indirecte dans treize journaux communautaires du Lower Mainland ainsi que le Real Estate Weekly. À la suite de ces acquisitions, l'intimé, le directeur des enquêtes et recherches, a demandé au Tribunal de la concurrence, en vertu de l'art. 92 de la *Loi sur la concurrence*, de rendre une ordonnance enjoignant à Southam de se départir de ses intérêts dans deux des journaux communautaires ainsi que dans le Real Estate Weekly.

Dans sa décision en date du 2 juin 1992, le Tribunal a en partie accueilli la demande en dessaisissement présentée par l'intimé et, dans une décision subséquente, a enjoint à Southam de se départir du Real Estate Weekly ou d'un journal communautaire. Il y a eu sursis des procédures devant le Tribunal en attendant l'issue de l'appel devant la Cour d'appel fédérale.

Le 8 août 1995, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimé contre le rejet de la demande qu'il avait présentée en vertu de l'art. 92, et elle a ordonné le renvoi de l'affaire au Tribunal. Le même jour, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'appelante contre la décision du Tribunal enjoignant à Southam de se départir du Real Estate Weekly ou d'un journal communautaire.

Origine:	Cour d'appel fédérale
N° de greffe:	24915
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 8 août 1995
Avocats:	Glenn Leslie, Neil Finkelstein, John Quinn et Mark Katz pour les appelantes Stanley Wong et Donald B. Houston pour l'intimé

25075 *Gerald James Phillips v. Her Majesty The Queen - and - Roger James Parry v. Her Majesty The Queen*

Criminal law - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Evidence - Procedural law - Disclosure - Whether the Appeal Division erred in setting aside the stay of proceedings based on the finding that the appearance of bias exhibited by the trial judge on March 2, 1995 “incurably infects” his decision to grant the stay - Whether the Appeal Division erred in setting aside the stay based on findings that the trial judge made no inquiry or proper determination whether the evidence in question was material to the Appellants’ ability to make full answer and defence - Whether the Appeal Division erred in finding that the trial judge had stayed the proceedings in what was not “the clearest of cases” - Whether the Court of Appeal erred in finding that the trial judge’s determination of remedy was not exercised in a judicial manner by misdirecting itself as to the evidence before the Court - Whether the Court of Appeal erred in failing to consider the award of costs as an alternative remedy.

On May 9, 1992, an underground accident occurred at the Westray Coal Mine in Plymouth, Nova Scotia in which 26 miners died. The Appellants, Gerald James Phillips and Roger James Parry, were both employed by Westray Coal in managerial positions and were both charged with manslaughter and criminal negligence causing death.

The trial began on February 6, 1995, but part way through the trial, the trial judge telephoned the Deputy Director of the Public Prosecution Service for Nova Scotia complaining about the manner in which the lead Crown prosecutor was conducting the trial. The trial judge advised the Deputy Director if he did not remove the lead Crown prosecutor from the case, he, the trial judge, would take steps to that end. The Crown brought a motion, supported by counsel for Parry, that the trial judge remove himself from the case on the grounds of a reasonable appearance of bias. In a short decision, without reasons, the trial judge dismissed the motion and the trial continued.

On May 10, 1995, defence counsel brought an application to stay proceedings on the ground of non-disclosure or late disclosure of evidence. The trial judge granted this motion. On appeal, the Supreme Court of Nova Scotia (Appeal Division) allowed the appeal, set aside the stay of proceedings and ordered a new trial.

Origin of the case:	Nova Scotia
File No.:	25075
Judgment of the Court of Appeal:	December 1, 1995
Counsel:	Gordon R. Kelly for the Appellant Phillips Frank E. DeMont and John A. McKinlay for the Appellant Parry Craig M. Garson for the Respondent

25075 *Gerald James Phillips c. Sa Majesté la Reine - et - Roger James Parry c. Sa Majesté la Reine*

Droit criminel - *Charte canadienne des droits et libertés* - Preuve - Droit procédural - Divulgence - La Section d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'arrêt des procédures pour le motif que l'apparence de partialité montrée par le juge du procès le 2 mars 1995 «vicié de façon irrémédiable» sa décision d'accorder l'arrêt? - La Section d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'arrêt pour le motif que le juge du procès n'a pas cherché à savoir ou n'a pas déterminé de façon correcte si la preuve en question était pertinente relativement à la capacité des appelants de présenter une défense pleine et entière? - La Section d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait ordonné l'arrêt des procédures dans ce qui n'était pas «le plus clair des cas»? - La Section d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas choisi la réparation d'une manière judiciaire parce qu'il s'est posé les mauvaises questions relativement à la preuve qui lui était présentée? - La Section d'appel a-t-elle commis une erreur en n'examinant pas l'adjudication des dépens comme réparation subsidiaire?

Le 9 mai 1992, 26 mineurs sont morts dans un accident sous-terrain survenu à la mine de charbon Westray à Plymouth (Nouvelle-Écosse). Les appelants, Gerald James Phillips et Roger James Parry, occupaient tous deux des postes de gestionnaires à la mine Westray. Ils ont été accusés d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle ayant causé la mort.

Le procès a commencé le 6 février 1995. Au cours du procès, le juge a téléphoné au directeur adjoint du service des substituts du procureur général de la Nouvelle-Écosse, se plaignant de la façon dont le substitut principal du procureur général menait le procès. Le juge du procès a avisé le directeur adjoint que s'il ne retirait pas du dossier le substitut principal, il prendrait lui-même des mesures à cette fin. Le ministère public a présenté une requête, avec l'appui de l'avocat de Parry, demandant que le juge du procès se retire lui-même du dossier pour motif d'apparence raisonnable de partialité. Dans une courte décision, non motivée, le juge du procès a rejeté la requête et le procès s'est poursuivi.

Le 10 mai 1995, les avocats de la défense ont présenté une demande d'arrêt des procédures pour motif de non-divulgence ou de divulgation tardive d'éléments de preuve. Le juge du procès a accueilli cette requête. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section d'appel) a accueilli l'appel interjeté, annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Origine :	Nouvelle-Écosse
N° du greffe :	25075
Arrêt de la Cour d'appel :	Le 1 ^{er} décembre 1995
Avocats :	Gordon R. Kelly, pour l'appelant Phillips Frank E. DeMont et John A. McKinlay pour l'appelant Parry Graig M. Garson, pour l'intimée

24818 *Robert William Latimer v. Her Majesty The Queen*

Canadian Charter of Rights and Freedoms - Criminal law - Defence - Sentence - Right to counsel and right to be informed - Admissibility of statements to the police - Whether detaining for questioning violate s. 9 of the *Charter* - Whether the trial judge erred in law in failing to exclude the confession on the basis that the Appellant was arbitrarily detained and not properly advised of the informational component concerning access to legal aid duty counsel when he was questioned by police in violation of ss. 7, 9, 10(a) and 10(b) of the *Charter* - Whether it is improper to secretly question prospective jurors.

On November 16, 1994, following a jury trial for first degree murder, the Appellant was found guilty of second degree murder for the killing of his 12 year old daughter Tracy. Tracy suffered from severe cerebral palsy. Tracy was quadriplegic and except for some head and facial movements was immobile. She was physically helpless and unable to care for herself. One Sunday morning Tracy died in her father's care. An autopsy revealed that Tracy had died of carbon monoxide poisoning.

The Appellant was detained for questioning and advised of his right to instruct counsel. The Appellant declined the offer and in the course of the interview admitted his role in causing Tracy's death. Before trial, on a *voir dire*, the incriminating statements the Appellant gave the police were ruled admissible. The Appellant was found guilty of second degree murder. On appeal, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. Bayda C.J.S. dissented on the appeal against sentence.

Subsequent to the appeal, the defence learned that an R.C.M.P. officer had contacted prospective jurors before the trial and had interviewed them without the knowledge of the trial judge or the defence. Several of the jurors who actually tried the Appellant had been contacted either on the telephone or in person.

Origin of the case:	Saskatchewan
File No.:	24818
Judgment of the Court of Appeal:	July 18, 1995
Counsel:	Mark Brayford for the Appellant Carol Snell Q.C. and Graeme G. Mitchell for the Respondent

24818 *Robert William Latimer c. Sa Majesté la Reine*

Charte canadienne des droits et libertés - Droit criminel - Défense - Peine - Droit à l'assistance d'un avocat et droit d'être informé de ce droit - Admissibilité des déclarations faites à la police - Une détention pour fins d'interrogatoire contrevient-elle à l'art. 9 de la *Charte*? - Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en omettant d'écarter la confession sur le fondement que l'appelant avait été détenu de façon arbitraire et n'avait pas été, en contravention de l'art. 7, 9, 10a) et 10b) de la *Charte*, convenablement informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat de garde de l'aide juridique lorsqu'il a été interrogé par la police? - Est-il inapproprié d'interroger secrètement les candidats-jurés?

Le 16 novembre 1994, à l'issue d'un procès devant jury pour meurtre au premier degré, l'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré de sa fille Tracy âgée de 12 ans. Tracy souffrait d'une infirmité motrice cérébrale grave. Tracy était quadriplégique et était tout à fait immobile, sauf pour quelques mouvements de la tête et du visage. Du point de vue physique, elle était impotente et incapable de s'occuper d'elle-même. Un dimanche matin, Tracy est décédée pendant qu'elle était sous les soins de son père. Une autopsie a révélé que Tracy était décédée d'un empoisonnement au monoxyde de carbone.

L'appelant a été détenu pour interrogatoire et a été informé de son droit de consulter un avocat. L'appelant a refusé d'exercer son droit et a, pendant l'entrevue, avoué avoir contribué au décès de Tracy. Avant le procès, lors d'un voir-dire, les déclarations incriminantes que l'appelant avait faites à la police ont été jugées admissibles. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. En appel, la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité. Le juge en chef Bayda était dissident quant à l'appel interjeté contre la peine.

Après l'appel, la défense a appris qu'un agent de la GRC avait communiqué avec des candidats-jurés avant le procès et qu'il les avait interrogés à l'insu du juge du procès ou de la défense. Il y avait eu communication téléphonique ou personnelle avec plusieurs des jurés qui ont jugé l'appelant.

Origine:	Saskatchewan
N° de greffe:	24818
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 18 juillet 1995
Avocats:	Mark Brayford pour l'appelant Carol Snell, c.r., et Graeme G. Mitchell pour l'intimée

24782 *Arthur Hill and Angus Hill v. The Attorney General of Nova Scotia*

Property law - Expropriation - Real property - Real rights - Remedies - Crown - Whether the Appellants have an interest in "land" within the meaning of s. 3(1)(i) of the *Expropriation Act* of land comprising a right of access across the Trans Canada Highway near the Appellants' farm - Whether the Minister of Highways has the authority to grant an easement, and is the Crown now estopped from denying the Appellants' right of access.

In February 1966, the Minister of Highways sought to expropriate land owned by Ross Hill in Colchester County for the construction of the Trans Canada Highway, a controlled access highway. Negotiations ensued, and Ross Hill executed a deed of release in 1967 which purports to release the Respondent from any claim or action arising from the Expropriation. The Crown has title in fee simple to the expropriated lands.

As part of the compensation, Ross Hill said that the Department of Transportation agreed to build and maintain access ramps leading up the highway which allowed for crossing the highway to access the north portion of a field bisected by the highway and were built and maintained by the Department of Highways for twenty-seven years. In 1992, when the Highway was widened by additional lanes, the access ramps were removed, and the Appellants were advised that access to the Highway from their property would not be permitted. There is no direct road access to the north part of the farm.

In 1993, the Appellants brought an application before the Nova Scotia Utility and Review Board seeking compensation from the Respondent under the terms of the *Expropriation Act* for interference with an easement. This was adjourned to allow an application for a determination of a preliminary point of law, following the Respondent's response that there was no expropriation of the land in which the Appellants claimed an interest. The Appellants claimed that there was a parol agreement between the Department of Transport and Ross Hill, which created an equitable easement in the lands covered by the access ramps. As Ross Hill had sold the farm to the Appellants, they claim to be entitled to the benefit of the agreement.

The declaratory relief was granted by the Nova Scotia Supreme Court. The Respondent appealed to the Court of Appeal of Nova Scotia, which allowed the appeal and dismissed the Appellants' cross-appeal against the award of costs made by the chambers judge.

Origin of the case:	Nova Scotia
File No.:	24782
Judgment of the Court of Appeal:	April 13, 1995
Counsel:	Douglas A. Caldwell Q.C. and Lloyd I. Berliner for the Appellant David G. Giovannetti and Margaret L. (Peg) MacInnis for the Respondent

24782 *Arthur Hill et Angus Hill c. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse*

Droit des biens - Expropriation - Biens réels - Réparations - Couronne - Les appelants ont-ils un intérêt dans un «bien-fonds» au sens de l'alinéa 3(1)a) de l'*Expropriation Act*? - Bien-fonds comprenant un droit d'accès à la route transcanadienne près de la ferme des appelants - Le ministre de la Voirie a-t-il le pouvoir d'accorder une servitude, et la Couronne est-elle maintenant empêchée de nier le droit d'accès des appelants?

En février 1966, le ministre de la Voirie a cherché à exproprier un bien-fonds appartenant à Ross Hill, dans le comté de Colchester, pour la construction de la route transcanadienne, une route à accès limité. Après des négociations, Ross Hill a signé un acte de délaissement en 1967 par lequel il dégageait l'intimé de toute réclamation ou action découlant de l'expropriation. La Couronne a un titre en fief simple sur le bien-fonds exproprié.

Ross Hill a dit que le ministère des Transports a convenu, comme partie de l'indemnité, de construire et entretenir des rampes d'accès menant à la route, qui permettaient de traverser la route de façon à fournir un accès à la partie nord d'un champ coupé en deux par la route, et que ces rampes ont été construites et entretenues par le ministère de la Voirie pendant 27 ans. En 1992, lorsque la route a été élargie par l'ajout de voies supplémentaires, les rampes d'accès ont été enlevées et les appelants ont été avisés que l'accès à la route à partir de leur propriété ne serait plus autorisé. Il n'y a aucun chemin d'accès direct à la partie nord de la ferme.

En 1993, les appelants ont présenté une demande au Utility and Review Board de la Nouvelle-Écosse, visant à obtenir une indemnité de l'intimé en vertu de l'*Expropriation Act* pour entrave à une servitude. La demande a été ajournée pour permettre le dépôt d'une demande de décision sur une question de droit préliminaire, suite à la réponse de l'intimé suivant laquelle il n'y avait pas eu expropriation du bien-fonds sur lequel les intimés prétendaient détenir un intérêt. Les appelants ont fait valoir qu'il existait entre le ministère des Transports et Ross Hill un accord verbal qui créait une servitude en *equity* sur le bien-fonds couvert par les rampes d'accès. Puisque Ross Hill avait vendu la ferme aux appelants, ceux-ci ont prétendu avoir le droit de bénéficiaire de l'accord.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé le jugement déclaratoire. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel interjeté par l'intimé et rejeté l'appel incident interjeté par les appelants contre l'adjudication de dépens faite par le juge siégeant en chambre.

Origine:	Nouvelle-Écosse
N° de greffe:	24782
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 13 avril 1995
Avocats:	Douglas A. Caldwell, c.r., et Lloyd I. Berliner pour les appelants David G. Giovannetti et Margaret L. (Peg) MacInnis pour l'intimé

25293 *Richard Dean Leipert v. Her Majesty The Queen*

Criminal law - Evidence - Narcotics - Seizure - Procedural law - Whether the information received by way of an anonymous "Crime Stoppers tip" is covered by the rules relating to informer privilege, regardless of whether the disclosure of that information would reveal the identity of the anonymous informant? - Whether the contents of an anonymous "Crime Stoppers tip" are not, by definition, privileged, and if it is determined by a trial judge that disclosure of that information, after editing, would not tend to disclose the identity of the anonymous informant, ought that information to be disclosed to the defence? - Whether the trial judge, in reviewing the Crown's refusal to disclose the document outlining the details of the Crime Stoppers tip, and ordering an edited version of that document to be disclosed to the defence, follow the correct procedure and apply the proper principles of law?

The police received a tip from the Greater Vancouver Crime Stoppers Association that the Appellant, Richard Leipert, was growing marihuana in his basement. The police detective attended at the location with a sniffer dog and received positive indications of narcotics from the dog. The police obtained a search warrant, seized evidence and charged the Appellant.

On the *voir dire* on the admissibility of the things seized, the police detective testified that the foundation for the first paragraph of the information was an information sheet he received from another police officer who worked with Crime Stoppers. The Appellant's counsel asked for production which the Crown objected to on the basis that it might disclose the informant by its details.

The Crown proposed to abandon paragraph one and asked the court to rule on the sufficiency of the information without paragraph one. The document was handed to the judge who proposed to edit it. However, the Appellant's counsel did not consent to the trial continuing with paragraph one removed. The Crown ceased to tender evidence, the Appellant elected to call no evidence and the trial judge entered an acquittal. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Origin of the case:	British Columbia
File No.:	25293
Judgment of the Court of Appeal:	April 12, 1996
Counsel:	Michael D. Sanders for the Appellant John C. Tait Q.C for the Respondent

25293 *Richard Dean Leipert c. Sa Majesté la Reine*

Droit criminel - Preuve - Stupéfiants - Saisie - Droit procédural - Les renseignements anonymes reçus dans le cadre du programme «Échec au crime» sont-ils visés par les règles relatives au privilège de l'informateur, indépendamment de la question de savoir si la divulgation de ces renseignements révélerait l'identité de l'informateur anonyme? - Le contenu d'un renseignement anonyme obtenu par «Échec au crime» est-il, par définition, privilégié et, si un juge du procès détermine que la divulgation de ce renseignement, après épuration, ne tendrait pas à révéler l'identité de l'informateur anonyme, ce renseignement devrait-il être divulgué à la défense? - Quand il a révisé le refus du ministère public de divulguer le document exposant les détails du renseignement obtenu par «Échec au crime» et ordonné la divulgation d'une version épurée de ce document à la défense, le juge du procès a-t-il suivi la bonne procédure et appliqué les bons principes de droit?

La police a reçu de la Greater Vancouver Crime Stoppers Association un renseignement suivant lequel l'appelant, Richard Leipert, cultivait de la marijuana dans son sous-sol. Un policier-détective s'est rendu sur les lieux avec un chien-détecteur de drogue et a reçu des indications positives du chien. La police a obtenu un mandat de perquisition, a saisi la preuve et accusé l'appelant.

Au cours du voir-dire sur l'admissibilité des choses saisies, le policier-détective a témoigné que le fondement du premier paragraphe de la dénonciation était une feuille de renseignements qu'il avait reçue d'un autre policier qui travaillait au sein d'Échec au crime. L'avocat de l'appelant en a demandé la production, ce à quoi le ministère public s'est opposé pour le motif que les détails du document pourraient révéler l'identité de l'informateur.

Le ministère public a proposé de retrancher le premier paragraphe et demandé à la cour de se prononcer sur le caractère suffisant du renseignement sans le premier paragraphe. Le document a été remis au juge qui a proposé de l'épurer. Cependant l'avocat de l'appelant n'a pas consenti à ce que le procès se poursuive si le premier paragraphe était retranché. Le ministère public a cessé de présenter sa preuve, l'appelant a choisi de ne présenter aucune preuve et le juge du procès a inscrit un acquittement. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté, annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Origine:	Colombie-Britannique
N° de greffe:	25293
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 12 avril 1996
Avocats:	Michael D. Sanders pour l'appelant John C. Tait, c.r., pour l'intimée

24885 *David Farber v. The Royal Trust Company*

Labour law - Civil liability - Employer and employee - Procedure - Evidence - Appeal - Jurisdiction - Constructive dismissal - Appellant's position eliminated as part of restructuring - Whether a majority of the Court of Appeal erred in finding that the trial judge could admit figures in evidence to enable the Respondent to show that its offer of another position to the Appellant was reasonable, despite the fact that the figures were unknown at the time of the offer - Whether the majority of the Court of Appeal erred in deciding that changes made by the Respondent to the Appellant's employment contract were not so significant, in terms of salary, prestige, status and duties, that they amounted, for all practical purposes, to a termination of his employment contract - Whether the majority of the Court of Appeal wrongly limited its role by not substituting its decision for that of the trial judge when there had been a palpable error in law.

The Appellant began working for the Respondent in November 1966 as a sales representative. In 1972, he became manager of immovable property sales at the Chomedey branch. In 1973, he moved to the same position in Roxboro. In 1976, he was promoted to residential sales manager for the Montreal region and he then became assistant to the regional sales manager. In 1979, he was appointed regional sales manager for the western Montreal metropolitan area. In November 1982, he became general manager for western Quebec.

On June 4, 1984, the Appellant learned from his immediate supervisor that the Respondent planned to eliminate the twelve regional manager positions across the country in a major restructuring initiative. The Appellant was therefore offered compensation and the position of manager of the Dollard-des-Ormeaux branch in Montreal. At the time, that branch had a number of problems and was not very profitable, but the Respondent considered the Appellant a competent administrator who could remedy the situation. The Appellant found the offer unacceptable. He estimated that his salary would drop by about 50% and that he would have no salary guarantee. Insulted at being asked to manage a branch that was experiencing difficulties, he approached the Respondent to seek an improvement in the benefits being offered and an assignment to a branch of his own choosing. After several discussions, the Respondent informed the Appellant that he had to commence his new duties on July 6, 1984, failing which the employer would consider his absence to be a resignation. The Appellant did not appear on the appointed date and the Respondent therefore considered that he had resigned.

The Appellant sued the Respondent for damages. He argued that the significant changes made to his duties and remuneration were no more nor less than a constructive dismissal. The Superior Court dismissed the action and found that the Appellant had himself terminated his employment by refusing to take the position offered by the Respondent. The Appellant appealed this decision to the Court of Appeal, a majority of which dismissed the appeal. Fish J.A., dissenting, would have allowed the appeal, set aside the Superior Court's decision and allowed the Appellant's action in part for the sum of \$109,144 with interest, an additional indemnity and costs.

Origin of the case:	Quebec
File No.:	24885
Judgment of the Court of Appeal:	May 29, 1995
Counsel:	Brahm L. Campbell and Leonard E. Seidman for the Appellant Jean Lemelin for the Respondent

24885 *David Farber c. The Royal Trust Company*

Droit du travail - Responsabilité civile - Employeur et employé - Procédure - Preuve - Appel -Compétence - Congédiement déguisé - Poste du demandeur éliminé à l'occasion d'une restructuration - La Cour d'appel, à la majorité, a-t-elle erré en concluant que le juge de première instance pouvait admettre en preuve des chiffres inconnus au moment où l'intimée a offert un autre poste au demandeur afin que l'intimée puisse démontrer que son offre était raisonnable? - La Cour d'appel, à la majorité, a-t-elle erré en décidant que les modifications apportées par l'intimée au contrat de travail du demandeur n'étaient pas si importantes, au point de vue du salaire, du prestige, du statut et des responsabilités, qu'elles équivalaient à toutes fins utiles à une résiliation de son contrat de travail? - La Cour d'appel, à la majorité, limite-t-elle son rôle de façon erronée en ne substituant pas sa décision à celle du premier juge en présence d'une erreur manifeste en droit?

L'appelant débute sa carrière chez l'intimée en novembre 1966 comme agent des ventes. En 1972, il devient gérant des ventes immobilières au bureau de Chomedey et en 1973, il occupe le même poste à Roxboro. En 1976, il est promu au poste de gérant des ventes résidentielles pour la région de Montréal pour ensuite devenir adjoint du gérant régional des ventes. En 1979, il est nommé gérant régional des ventes pour la région métropolitaine de Montréal-ouest. En novembre 1982, il devient gérant régional pour l'ouest du Québec.

Le 4 juin 1984, l'appelant apprend de son patron immédiat que l'intimée prévoit éliminer les douze postes de gérants régionaux à travers le pays en raison d'une restructuration majeure. On offre donc à l'appelant certaines compensations et le poste de gérant du bureau de Dollard-des-Ormeaux situé à Montréal. Il s'agit alors d'un bureau problématique et peu rentable, mais l'intimée considère l'appelant comme un administrateur compétent et capable de redresser la situation. L'appelant trouve l'offre inacceptable. Il estime qu'il subirait une baisse de salaire d'environ 50% et qu'il ne détiendrait aucune garantie salariale. Insulté de se faire offrir la gérance d'une succursale en difficulté, il fait des démarches auprès de l'intimée afin d'obtenir une amélioration des bénéfices offerts et l'attribution d'une succursale de son choix. Après plusieurs échanges, l'intimée informe l'appelant qu'il doit assumer ses nouvelles fonctions à compter du 6 juillet 1984, faute de quoi, l'employeur considérera son absence comme une démission. L'appelant ne se présente pas à la date fixée et l'intimée considère alors qu'il a démissionné.

L'appelant intente une action en dommages-intérêts contre l'intimée. Il soutient que les changements significatifs apportés à ses responsabilités et à sa rémunération constituent ni plus ni moins un congédiement déguisé. La Cour supérieure rejette l'action et conclut que l'appelant a lui-même mis fin à son engagement en refusant d'occuper le poste offert par l'intimée. L'appelant se pourvoit à l'encontre de cette décision devant la Cour d'appel qui, à la majorité, rejette le pourvoi. Le juge Fish, dissident, aurait accueilli le pourvoi, cassé le jugement de la Cour supérieure et accueilli en partie l'action de l'appelant pour la somme de 109 144\$ avec intérêts, indemnité additionnelle et dépens.

Origine:	Québec
N° du greffe:	24885
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 29 mai 1995
Avocats:	Me Brahm L. Campbell et Me Leonard E. Seidman pour l'appelant Me Jean Lemelin pour l'intimée

25042 *Raymond Roy Izony v. Her Majesty The Queen*

Criminal law - Procedural law - Whether the trial judge erred in refusing to grant a mistrial after the closing address to the jury by Crown - Whether the Crown acted in a inflammatory and improper manner in his address to the jury - Whether the trial judge failed to remedy any unfairness and injustice to the Appellant caused by the Crown's address - If the trial judge erred in refusing to grant a mistrial, did a substantial wrong or miscarriage of justice occur - Alternatively, if the trial judge's refusal involves a procedural irregularity, did the Appellant suffer any prejudice.

The Appellant was charged with several sexual offences against girls and young women between the ages of 11 and 16 years of age. The offences spanned the period from 1969 to 1987. He was charged with rape and indecent assault which allegedly took place in 1969. He was charged with rape and indecent assault against another complainant, that allegedly had taken place in 1970. He was charged with assault against a third person, indecent assault and sexual assault against a fourth and two counts of sexual assault against a fifth complainant, all of which are alleged to have occurred between 1981 and 1988. During cross-examination he confessed to the charges in respect of the fourth complainant. Charges against two other complainants were stayed at trial.

At the outset of trial, the Appellant requested that the rape charges be adjourned because he had not received sufficient disclosure with respect to them. The adjournment was denied and the severance was not ordered. Near the close of the Crown's case, the Appellant requested a severance of the earlier rape charges from the later "touching offences". The trial judge denied the request, and left open the possibility of another motion for severance after the formal close of the Crown's case. The Crown formally closed its case, and a further motion for severance was made by the Appellant. The trial judge denied this request, but said that he would instruct the jury that they were to consider the charges independently.

Following the Crown's address to the jury, the Appellant applied for a mistrial on the grounds that the Crown had used inflammatory language, had cited erroneous propositions of law to the jury, put facts to the jury on which there was no evidence and resulted in a substantial wrong and miscarriage of justice. The trial judge refused the application to grant a mistrial and decided to give special directions as a result of this address.

The Appellant was convicted of assault, rape, and indecent assault. He was acquitted of sexual assault against the fifth complainant, who was a recanting witness at trial. His appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed with a dissent by Southin J.A. who would have ordered a new trial on the question of the Crown's address to the jury.

Origin of the case:	British Columbia
File No.:	25042
Judgment of the Court of Appeal:	December 12, 1995
Counsel:	Russell W. Cornett for the Appellant Elizabeth A. Bennett Q.C. for the Respondent

25042

Raymond Roy Izony c. Sa Majesté la Reine

Droit criminel - Droit procédural - Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'accorder une nullité de procès après l'exposé final du ministère public au jury? - Le ministère public a-t-il tenu des propos incendiaires et non appropriés dans l'exposé qu'il a présenté au jury? - Le juge du procès a-t-il omis de réparer toute iniquité et injustice que l'exposé du ministère public a causées à l'appelant? - Si le juge du procès a commis une erreur en refusant d'accorder une nullité de procès, cela a-t-il donné lieu à un tort important ou à une erreur judiciaire grave? - Subsidiairement, si le refus du juge du procès comporte une irrégularité sur le plan de la procédure, l'appelant a-t-il subi un préjudice?

L'appelant a été accusé d'avoir commis plusieurs infractions de nature sexuelle sur des fillettes et des adolescentes âgées entre 11 et 16 ans. Les infractions ont été commises entre 1969 et 1987. L'appelant a été accusé de viol et d'attentat à la pudeur qui auraient été commis en 1969. Il a été accusé de viol et d'attentat à la pudeur d'une autre plaignante; ces infractions auraient été commises en 1970. Il a été accusé de voies de fait sur une troisième personne, d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle sur une quatrième et de deux chefs d'agression sexuelle sur une cinquième personne; toutes ces infractions auraient été commises entre 1981 et 1988. Lors du contre-interrogatoire, l'appelant a fait une confession relativement aux accusations de la quatrième plaignante. Il y a eu suspension des accusations quant à deux autres plaignantes.

Au début du procès, l'appelant a demandé la suspension des accusations de viol parce qu'il n'en avait pas reçu communication suffisante. Le tribunal n'a pas fait droit à la demande et n'a pas ordonné la séparation des accusations. Presque à la fin de la présentation de la preuve à charge, l'appelant a demandé que les accusations antérieures de viol soient séparées des «infractions d'attouchement» ultérieures. Le juge du procès a refusé la demande et n'a pas écarté la possibilité d'une autre requête en séparation à la clôture formelle de la preuve à charge. A la clôture formelle de la preuve à charge, l'appelant a présenté une autre requête en vue d'obtenir la séparation des accusations. Le juge du procès a refusé cette requête, mais a dit qu'il dirait au jury qu'il devrait examiner indépendamment les accusations.

Après l'exposé du ministère public au jury, l'appelant a demandé une nullité de procès sur le fondement que le ministère public avait utilisé des propos incendiaires, présenté au jury des propositions de droit erronées et des faits non fondés sur la preuve et que cela donnait lieu à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Le juge du procès a refusé d'accorder une nullité de procès et a décidé de donner des directives spéciales à la suite de l'exposé en question.

L'appelant a été déclaré coupable de voies de fait, de viol et d'attentat à la pudeur. Il a été acquitté relativement à l'accusation d'agression sexuelle sur la cinquième plaignante qui s'était contredite au procès. Il a intenté un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel; le juge Southin était dissidente et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de l'exposé du ministère public au jury.

Origine:	Colombie-Britannique
N° de greffe:	25042
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 12 décembre 1995
Avocats:	Russell W. Cornett pour l'appelant Elizabeth A. Bennett, c.r., pour l'intimée

25211 *Henry Lewis Bramwell v. Her Majesty The Queen*

Criminal law - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Offences - Trial - Disclosure - When is a stay of proceedings the appropriate remedy for non-disclosure by the Crown of information in its possession that is neither irrelevant nor privileged - What is the ambit of *R. v. O'Connor* [1995] 4 S.C.R. 411 - Whether the Court of Appeal erred in concluding that the failure of Crown Counsel to make timely disclosure of a limited number of documents could be remedied by a brief adjournment of the trial - Whether the Court of Appeal erred in concluding that the manner in which this case unfolded was not so manifestly unfair that it contravened fundamental notions of justice and thereby undermined the integrity of the judicial process - Whether the Court of Appeal erred in overturning the trial Judge's exercise of discretion and substituting its opinion.

In January 1989, the Appellant was charged with living on the avails of the complainant's prostitution for more than a year. During most of that time, the complainant was residing with the Appellant and his wife in East Vancouver.

At the commencement of the trial in June 1991, the Appellant's *Askov* motion was dismissed. During the trial, the evidence of the principal witnesses was diametrically opposed on all relevant issues in dispute so that credibility was a critical issue. The jury returned a verdict of guilty on count 1 (living on the avails), but was unable to return a verdict on count 2 (compelling complainant to prostitute herself) and the Appellant was sentenced to 5 years imprisonment. Sometime after the trial, the Crown disclosed medical notes that had been in the police's possession since 1988. Later in the year Crown counsel entered a stay on count 2. On appeal, the majority of the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

A trial date was set for November 1994 and a jury empanelled. However, before the trial began, two jurors were excused and a mistrial declared. The Appellant's *Askov* application was dismissed. A new jury was empanelled and three witnesses called. A week later, the trial judge entered a stay of proceedings. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

Origin of the case:	British Columbia
File No.:	25211
Judgment of the Court of Appeal:	February 23, 1996
Counsel:	James W. Millar for the Appellant Bruce Johnstone for the Respondent

25211 *Henry Lewis Bramwell c. Sa Majesté la Reine*

Droit criminel - *Charte canadienne des droits et libertés* - Infractions - Procès - Divulgence - Quand un arrêt des procédures est-il la réparation appropriée dans un cas où le ministère public a omis de divulguer des renseignements pertinents en sa possession, mais non privilégiés? - Quelle est la portée de l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411? - La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'un bref ajournement du procès pourrait permettre de remédier à l'omission du ministère public de divulguer au moment opportun un certain nombre de documents? - La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le déroulement du procès n'était pas si manifestement inéquitable qu'il contrevenait aux notions fondamentales de justice et minait en conséquence l'intégrité du processus judiciaire? - La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant la décision rendue par le juge du procès dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et en y substituant sa propre opinion?

En janvier 1989, l'appelant a été accusé d'avoir vécu pendant plus d'un an des produits de la prostitution de la plaignante. Pendant la majeure partie de cette période, la plaignante résidait avec l'appelant et son épouse à East Vancouver.

Au début du procès en juin 1991, un tribunal a rejeté la requête de type *Askov* que l'appelant avait présentée. Au cours du procès, les éléments de preuve fournis par les principaux témoins ont été systématiquement contredits relativement à tous les points pertinents en litige à telle enseigne que la crédibilité constituait une question essentielle. Le jury a rendu un verdict de culpabilité relativement au premier chef (vivre des produits de la prostitution), mais n'a pas été en mesure de se prononcer relativement au deuxième chef (forcer la demanderesse à se prostituer) et l'appelant a été condamné à cinq ans d'emprisonnement. Peu de temps après le procès, le ministère public a divulgué des notes médicales qui avaient été en la possession de la police depuis 1988. Plus tard dans l'année, le ministère public a déposé un arrêt des procédures relativement au deuxième chef d'accusation. En appel, la Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

La cause a été inscrite au rôle de novembre 1994 et un jury a été constitué. Cependant, avant le début du procès, deux jurés ont été excusés et une nullité de procès a été déclarée. La requête de type *Askov* que l'appelant a présentée a été rejetée. Il y a eu formation d'un nouveau jury et assignation de trois témoins. Une semaine plus tard, le juge du procès a inscrit un arrêt des procédures. En appel, la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Origine:	Colombie-Britannique
N° de greffe:	25211
Arrêt de la Cour d'appel:	Le 23 février 1996
Avocats:	James W. Millar pour l'appelant Bruce Johnstone pour l'intimée

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 : **December 2, 1996**
Service : November 25, 1996
Filing : November 18, 1996
Respondent : November 11, 1996

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 : **2 décembre 1996**
Signification : 25 novembre 1996
Dépôt : 18 novembre 1996
Intimé : 11 novembre 1996

The winter session of the Supreme Court of Canada will commence January 20, 1997.

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.

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.

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

La session d'hiver de la Cour suprême du Canada commencera le 20 janvier 1997.

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'appelant doit être déposé dans les quatre mois du dépôt de l'avis d'appel.

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

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

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.

SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE
CALENDRIER DE LA COUR SUPREME

- 1996 -

OCTOBER - OCTOBRE						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
29	M 30	1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	H 14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		

NOVEMBER - NOVEMBRE						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
					1	2
3	M 4	5	6	7	8	9
10	H 11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30

DECEMBER - DECEMBRE						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
1	M 2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	H 25	H 26	27	28
29	30	31				

- 1997 -

JANUARY - JANVIER						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
			H 1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30	31	

FEBRUARY - FÉVRIER						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
						1
2	M 3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	27	28	

MARCH - MARS						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
						1
2	M 3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	27	H 28	29
30	H 31					

APRIL - AVRIL						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	M 21	22	23	24	25	26
27	28	29	30			
30						

MAY - MAI						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
				1	2	
4	M 5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	H 19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

JUNE - JUIN						
S	M	T	W	T	F	S
D	L	M	M	J	V	S
1	M 2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

Sittings of the court:
Séances de la cour:

Motions:
Requêtes:

Holidays:
Jours fériés:



18 sitting weeks / semaines séances de la cour
83 sitting days / journées séances de la cour
8 motion and conference days / journées requêtes, conférences
1 holidays during sitting days / jours fériés durant les sessions