

Nova Scotia Pharmaceutical Society,  
Pharmacy Association of Nova Scotia,  
Lawtons Drug Stores Limited, William H.  
Richardson, Empire Drugstores Limited,  
Woodlawn Pharmacy Limited, Nolan  
Pharmacy Limited, Christopher D.A. Nolan,  
Blackburn Holdings Limited, William G.  
Wilson, Woodside Pharmacy Limited and  
Frank Forbes *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the  
Attorney General for Alberta *Interveners*

and

The Association québécoise des pharmaciens  
propriétaires, Cumberland Drugs (Merivale)  
Ltd., Kane's Super Drugmart Corp. Ltd.,  
Les Entreprises Norpharm Inc., Escompte  
Chez Lafortune Inc., Famili-Prix Inc., Le  
Groupe Jean Coutu (P.J.C.) Inc., Groupe  
Pharmaceutique Focus Inc., Les Magasins  
Koffler de l'Est Inc., McMahon Essaim Inc.,  
Super Escompte Brouillet Inc., B. Mayrand  
Inc., Superpharm (Montréal) Ltée, Uniprix  
Inc., Pierre Bossé, François-Jean Coutu,  
Claude Gagnon, Guy Lanoue, Michel  
Lesieur, Guy-Marie Papillon and Jean-Guy  
Prud'Homme *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL  
SOCIETY

File No.: 22473.

1991: December 4; 1992: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME  
COURT, APPEAL DIVISION

Nova Scotia Pharmaceutical Society,  
Pharmacy Association of Nova Scotia,  
Lawtons Drug Stores Limited, William H.  
Richardson, Empire Drugstores Limited,  
<sup>a</sup> Woodlawn Pharmacy Limited, Nolan  
Pharmacy Limited, Christopher D.A. Nolan,  
Blackburn Holdings Limited, William G.  
Wilson, Woodside Pharmacy Limited et  
<sup>b</sup> Frank Forbes *Appellants*

c.

<sup>c</sup> Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

<sup>d</sup> Le procureur général de l'Ontario et le  
procureur général de l'Alberta *Intervenants*

et

<sup>e</sup> L'Association québécoise des pharmaciens  
propriétaires, Cumberland Drugs (Merivale)  
Ltd., Kane's Super Drugmart Corp. Ltd.,  
Les Entreprises Norpharm Inc., Escompte  
Chez Lafortune Inc., Famili-Prix Inc., Le  
<sup>f</sup> Groupe Jean Coutu (P.J.C.) Inc., Groupe  
Pharmaceutique Focus Inc., Les Magasins  
Koffler de l'Est Inc., McMahon Essaim Inc.,  
Super Escompte Brouillet Inc., B. Mayrand  
<sup>g</sup> Inc., Superpharm (Montréal) Ltée, Uniprix  
Inc., Pierre Bossé, François-Jean Coutu,  
Claude Gagnon, Guy Lanoue, Michel  
Lesieur, Guy-Marie Papillon et Jean-Guy  
<sup>h</sup> Prud'Homme *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. NOVA SCOTIA PHARMACEUTICAL  
SOCIETY

<sup>i</sup> N° du greffe: 22473.

1991: 4 décembre; 1992: 9 juillet.

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

<sup>j</sup> EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether word “unduly” in s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act so vague as to infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c), (1.1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Mens rea — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Whether mens rea required by s. 32(1)(c) of Combines Investigation Act inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).*

*Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Arguments on appeal — Respondent seeking variation of Court of Appeal’s reasons on mens rea issue — No leave to appeal sought on this issue — Issue arising from respondent’s notice of intention — Whether mens rea issue properly before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1), (2).*

*Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Mens rea — Whether Crown must prove that accused intended to restrict competition unduly — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Determination of “undueness” — Distinction between questions of fact and questions of law — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c).*

The appellants were charged with two counts of conspiracy to prevent or lessen competition unduly, contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*. Both counts related to the sale and offering for sale of prescription drugs and pharmacists’ dispensing services prior to June 16, 1986. They moved for an order quashing the indictment, on the basis that ss. 32(1)(c), 32(1.1) and 32(1.3) of the Act violated ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were therefore invalid. The arguments raised revolved essentially on the issues of vagueness and *mens rea*. The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division granted the

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Le mot «indûment» à l’art. 32(1)c de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-il imprécis au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c, (1.1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Mens rea — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — La mens rea exigée par l’art. 32(1)c de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c.*

*Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Arguments présentés en appel — Intimée demandant une modification des motifs de la Cour d’appel sur la question de la mens rea — Aucune demande d’autorisation de pourvoi sur cette question — Question provenant de l’avis d’intention de l’intimée — La Cour est-elle saisie à bon droit de la question de la mens rea? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 29(1), (2).*

*Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Mens rea — Le ministère public doit-il prouver que l’accusé a eu l’intention de diminuer indûment la concurrence? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Détermination du caractère «indu» — Distinction entre questions de fait et questions de droit — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32(1)c.*

Les appelants ont fait l’objet d’une mise en accusation portant sur deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l’al. 32(1)c de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les deux chefs se rapportaient à la vente et à la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu’à la fourniture de services de pharmacien, avant le 16 juin 1986. Ils ont demandé par voie de requête une ordonnance annulant l’acte d’accusation parce que l’al. 32(1)c et le par. 32(1.1) ainsi que le par. 32(1.3) de la Loi violaient l’art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient donc

motion and quashed the indictment. The Appeal Division allowed the Crown's appeal. The main issues raised in this appeal were (1) whether s. 32(1)(c) of the Act infringed s. 7 of the *Charter* because of vagueness arising from the use of the word "unduly"; and (2) whether s. 32(1)(c) infringed s. 7 by reason of the *mens rea* required by the offence.

*Held:* The appeal should be dismissed. Section 32(1)(c) does not violate s. 7 of the *Charter*.

(1) *Vagueness*

Vagueness can be raised under s. 7 of the *Charter*, since it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. It can also be raised under s. 1 of the *Charter in limine*, on the basis that an enactment is so vague as not to satisfy the requirement that a limitation on *Charter* rights be "prescribed by law". Vagueness is also relevant to the "minimal impairment" stage of the *Oakes* test. Vagueness, when raised under s. 7 or under s. 1 *in limine*, involves similar considerations and should be considered a single concept. Vagueness as it relates to the "minimal impairment" branch of s. 1 merges with the related concept of "overbreadth".

What is referred to as "overbreadth", whether it stems from the vagueness of a law or from another source, remains no more than an analytical tool to establish a violation of a *Charter* right. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter* and references to such a doctrine are superfluous.

The "doctrine of vagueness" is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion. Fair notice to the citizen comprises a formal aspect—an acquaintance with the actual text of a statute—and a substantive aspect—an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions. The crux of the

invalides. Les arguments invoqués portaient essentiellement sur les questions de l'imprécision et de la *mens rea*. La Section de première instance de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse a accordé la requête et annulé l'acte d'accusation. La Section d'appel a accueilli l'appel du ministère public. Les questions principales soulevées dans le présent pourvoi sont de savoir (1) si l'al. 32(1)(c) de la Loi viole l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision résultant de l'emploi du mot «indûment»; et (2) si l'al. 32(1)(c) viole l'art. 7 en raison de la *mens rea* exigée pour l'infraction.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 32(1)(c) de la Loi ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

(1) *L'imprécision*

On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit». L'imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables et devrait être considérée comme une seule notion. L'imprécision, en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de «portée excessive».

Ce que l'on a appelé la «portée excessive», qu'elle découle de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause, reste tout au plus un outil analytique servant à établir une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions telles les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte* et les renvois à une telle théorie sont superflus.

La «théorie de l'imprécision» repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité. L'avertissement raisonnable aux citoyens comporte un aspect formel—la connaissance du texte même d'une loi—et un aspect de fond—la conscience

concern for limitation of enforcement discretion is that a law must not be so devoid of precision in its content that a conviction will automatically flow from the decision to prosecute. The threshold for finding a law vague is relatively high. The factors to be considered include (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts; (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate, and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist.

The doctrine of vagueness can be summed up in one proposition: a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate — that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. The term “legal debate” is not used to express a new standard or one departing from that previously outlined by this Court. It is rather intended to reflect and encompass the same standard and criteria of fair notice and limitation of enforcement discretion viewed in the fuller context of an analysis of the quality and limits of human knowledge and understanding in the operation of the law. The criterion of absence of legal debate relates well to the rule of law principles that form the backbone of our polity. Legal provisions by stating certain propositions outline permissible and impermissible areas, and they also provide some guidance to ascertain the boundaries of these areas. They provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. By setting out the boundaries of permissible and non-permissible conduct, these norms give rise to legal debate. They bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens. No higher requirement as to certainty can be imposed on law in our modern State. The modern State intervenes today in fields where some generality in the enactments is inevitable. The substance of these enactments must remain nonetheless intelligible. The standard of “absence of legal debate” applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. Once the minimal general standard has been met, any further arguments as

qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales. L’élément essentiel du souci de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi est qu’une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d’entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise. Le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant. Les facteurs dont il faut tenir compte comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d’interprétation; b) l’impossibilité de la précision absolue, une norme d’intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu’une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister.

La théorie de l’imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Le terme «débat judiciaire» n’est pas utilisé pour exprimer une nouvelle norme ou pour s’écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d’avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi considérés dans le contexte plus global d’une analyse de la qualité et des limites de la connaissance qu’ont les particuliers de l’application de la loi. Le critère de l’absence de débat judiciaire se rattache naturellement aux principes de la primauté du droit qui forment le pivot de notre régime. En énonçant certaines propositions, les dispositions législatives exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas, et elles donnent aussi certaines indications quant aux limites à respecter à cet égard. Elles fournissent un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n’existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis. On ne saurait pas exiger davantage de certitude de la loi dans notre État moderne. L’État moderne intervient de nos jours dans des domaines où une certaine généralité des textes de loi est inévitable. Mais quant au fond, ces textes doivent néanmoins rester intelligibles. La norme de l’«absence

to the precision of the enactments should be considered at the "minimal impairment" stage of the s. 1 analysis.

Section 32(1)(c) of the Act and its companion interpretative provision s. 32(1.1) do not violate s. 7 of the *Charter* on grounds of vagueness. Section 32(1)(c) provides that "[e]very one who conspires, combines, agrees or arranges with another person . . . to prevent, or lessen, unduly, competition . . . is guilty of an indictable offence". This section embodies a general standard which represents an intelligible principle, one that carries meaning and that has conceptual force. While the word "unduly" does not have a precise technical meaning, it is a word of common usage which denotes a sense of seriousness. Considering further that s. 32(1)(c) is one of the oldest and most important parts of Canadian public policy in the economic field, and that it mandates a partial rule of reason inquiry into the seriousness of the competitive effects of the agreement, Parliament has sufficiently delineated the area of risk and the terms of debate to meet the constitutional standard. Moreover, s. 32(1)(c) is made even more precise when the content of the inquiry it mandates is considered. The rest of the Act and the case law have outlined a process of examination of market structure and behaviour of the parties to the agreement which eliminates any vagueness that might remain.

In light of the above, the indictment did not infringe s. 11(a) of the *Charter*.

## (2) *Mens Rea*

The *mens rea* issue is properly before this Court. Upon filing a notice of intention, the respondent Crown could request a variation of the Court of Appeal judgment on this issue, as long as it ultimately sought to uphold the disposition of the case in the Court of Appeal. Even if the Crown had not filed a notice of intention, the Court would have retained under Rule 29(1) of the Supreme Court Rules complete discretion to treat the whole case as open. A respondent may advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to the appellant's points of law. This case fell plainly within Rule 29(1), and Rule 29(2), dealing with cross-appeals, had no application.

de débat judiciaire» s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'«atteinte minimale» de l'analyse fondée sur l'article premier.

L'alinéa 32(1)c) de la Loi et sa disposition interprétative, le par. 32(1.1), ne violent pas l'art. 7 de la *Charte* pour des motifs d'imprécision. L'alinéa 32(1)c) dispose: «Est coupable d'un acte criminel [. . .] toute personne qui complot, se coalise, se concert, ou s'entend avec une autre [. . .] pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence». Cette disposition énonce une norme générale qui représente un principe intelligible, qui a un sens et une acception signifiante. Bien qu'il n'ait pas de sens technique précis, le mot «indûment» est un mot d'usage courant qui dénote un sentiment de gravité. Vu en outre que l'al. 32(1)c) de la Loi est l'un des plus anciens et des plus importants éléments de la politique canadienne dans le domaine économique et qu'il commande l'application partielle de la règle de la raison dans l'examen de la gravité des effets de l'accord sur la concurrence, le législateur a suffisamment délimité la sphère de risque et les termes du débat pour satisfaire à la norme constitutionnelle. En outre, l'al. 32(1)c) devient encore plus précis quand on considère ce sur quoi porte l'examen qu'il exige. Le reste de la Loi et la jurisprudence ont tracé les grandes lignes du processus d'examen en ce qui a trait à la structure du marché et au comportement des parties à l'accord, qui élimine toute imprécision qui pourrait subsister.

Compte tenu de ce qui précède, l'acte d'accusation ne viole pas l'al. 11(a) de la *Charte*.

## (2) *La mens rea*

Notre Cour est saisie à bon droit de la question de la *mens rea*. En déposant un avis d'intention, le ministère public intimé pouvait demander que le jugement de la Cour d'appel soit modifié quant à cette question, dans la mesure où le dispositif de ce jugement restait le même. Même si le ministère public n'avait pas déposé un avis d'intention, la Cour aurait eu le pouvoir discrétionnaire, en application de la règle 29(1) des Règles de la Cour suprême, de considérer l'ensemble de l'affaire. Il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par l'appelant. Cette affaire est régie de toute évidence par la règle 29(1), et la règle 29(2), relative aux appels incidents, n'est pas applicable.

The *mens rea* required by s. 32(1)(c) is not inconsistent with s. 7 of the *Charter*. While an element of fault must exist before punishment can be justified, a minimum fault requirement with respect to every criminal or regulatory offence satisfies the requirements of s. 7. That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence. Here, the offence set out in s. 32(1)(c) requires the proof of two fault elements: one subjective, the other objective. To satisfy the subjective element of the offence, the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the terms of that agreement. To satisfy the objective element, the Crown must prove that on an objective view of the evidence adduced the accused intended to lessen competition unduly — i.e., that the evidence, viewed by a reasonable business person, establishes that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into would be to prevent or lessen competition unduly. Section 32(1)(c) does not therefore violate s. 7 of the *Charter*.

La *mens rea* requise par l'al. 32(1)c) n'est pas incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. Bien que, pour qu'il y ait sanction, il doive y avoir un élément de faute, une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction. En l'espèce, l'infraction visée à l'al. 32(1)c) exige la preuve de deux éléments de la faute: l'un subjectif, l'autre objectif. Pour satisfaire à l'élément subjectif, il incombe au ministère public de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et en connaissait les modalités. Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence, c.-à-d. que la preuve, interprétée par un homme ou une femme d'affaires raisonnable, établit que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant que l'accord qu'il a conclu aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. L'alinéa 32(1)c) ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; **considered:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Maynard v. Cart-*

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; **arrêts examinés:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Container Materials Ltd. c. The King*, [1942] R.C.S. 147; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Village of Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129;

wright, 486 U.S. 356 (1988); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; Eur. Court H. R., *Malone* case, judgment of 2 August 1984, Series A No. 82; Eur. Court H. R., *Kruslin* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-A; Eur. Court H. R., *Huvig* case, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-B; Eur. Court H. R., case of *Silver and others*, judgment of 25 March 1983, Series A No. 61; Eur. Court H. R., *Barthold* case, judgment of 25 March 1985, Series A No. 90; Eur. Court H. R., case of *Müller and others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133; Eur. Court H. R., *Leander* case, judgment of 26 March 1987, Series A No. 116; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *R. v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505; *R. v. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; *R. v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53; *R. v. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349; *R. v. Canadian General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489; *Association québécoise des pharmaciens propriétaires v. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233; *R. v. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201; *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); *Völk v. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295; *S.A. Cadillon v. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Case 1/71, [1971] E.C.R. 351; *R. v. McGavin Bakeries Ltd.* (No. 6) (1951), 3 W.W.R. 289; *R. v. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.

*Maynard c. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988); *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Kolender c. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Smith c. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); Cour Eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; Cour Eur. D. H., affaire *Malone*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82; Cour Eur. D. H., affaire *Kruslin*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A; Cour Eur. D. H., affaire *Huvig*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B; Cour Eur. D. H., affaire *Silver et autres*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61; Cour Eur. D. H., affaire *Barthold*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90; Cour Eur. D. H., affaire *Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133; Cour Eur. D. H., affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *Weidman c. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c. The King*, [1929] R.C.S. 276; *R. c. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505; *R. c. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275; *R. c. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 53; *R. c. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349; *R. c. Canadian General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489; *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. c. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233; *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201; *NCAA c. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Federal Trade Commission c. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); *Völk c. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Affaire 5/69, [1969] C.J.C.E. Rec. 295; *S.A. Cadillon c. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Affaire 1/71, [1971] C.J.C.E. Rec. 351; *R. c. McGavin Bakeries Ltd.* (No. 6) (1951), 3 W.W.R. 289; *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

### Statutes and Regulations Cited

1984 Merger Guidelines, 49 Fed. Reg. 26823.  
*Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, S.C. 1889, c. 41.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 7, 8, 11(a), (d), (h).  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 1053.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 [am. 1974-75-76, c. 76, s. 14], ss. 30(2) [rep. &

### Lois et règlements cités

1984 Merger Guidelines, 49 Fed. Reg. 26823.  
*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, ch. 41.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 7, 8, 11a), d), h).  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1053.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 219, 222 à 240.

- sub. 1986, c. 26, s. 28], 32(1)(c), (1.1) [ad. *idem*, s. 30], (1.3) [*idem*], (2), (3), (6), 32.01 [ad. *idem*, s. 31], 51(7) [ad. *idem*, s. 47], 70 [*idem*].
- Commission notice of 3 September 1986 on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community*, O.J.E.C., 12 September 1986, No. C 231/02. **a**
- Commission Regulation (EEC) No. 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements*, O.J.E.C., 30 June 1983, No. L 173/1, arts. 1, 2. **b**
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [am. c. 19 (2nd Supp.), s. 19], ss. 34(2) [rep. & sub. *idem*, s. 28], 45(1)(c), (2) [ad. *idem*, s. 30], (2.2) [*idem*], 45.1 [ad. *idem*, s. 31], 79(7) [*idem*, s. 45], 98 [*idem*]. **c**
- Constitution of the United States, First Amendment, Fifth Amendment, Eighth Amendment, Fourteenth Amendment.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 219, 222-240. **d**
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, Arts. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2).
- Protocol No. 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those included in the Convention and in the first Protocol thereto*, Europ. T.S. No. 46, Art. 2(3). **e**
- Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, r. 29(1) [rep. & sub. SOR/88-247, s. 10], (2). **f**
- Sherman Act*, c. 647, 26 Stat. 209 (1890), s. 1 (codified as amended 15 U.S.C. §§ 1-7 (1982)).
- Treaty establishing the European Economic Community*, Art. 85. **g**
- Communication de la Commission, du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*, J.O.C.E., 12 septembre 1986, n° C 231/02.
- Constitution des États-Unis, Premier amendement, Cinquième amendement, Huitième amendement, Quatorzième amendement.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, Art. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2).
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 [mod. 1974-75-76, ch. 76, art. 14], art. 30(2) [abr. & rempl. 1986, ch. 26, art. 28], 32(1)(c), (1.1) [aj. *idem*, art. 30], (1.3) [*idem*], (2), (3), (6), 32.01 [aj. *idem*, art. 31], 51(7) [aj. *idem*, art. 47], 70 [*idem*].
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 19], art. 34(2) [abr. & rempl., *idem*, art. 28], 45(1)(c), (2) [aj. *idem*, art. 30], (2.2) [*idem*], 45.1 [aj. *idem*, art. 31], 79(7) [*idem*, art. 45], 98 [*idem*].
- Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, S.T. Europ. n° 46, Art. 2(3). **e**
- Règlement (CEE) N° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive*, J.O.C.E., 30 juin 1983, n° L 173/1, art. 1, 2. **f**
- Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, r. 29(1) [abr. & rempl. DORS/88-247, art. 10], (2). **g**
- Sherman Act*, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), art. 1 (modifiée et codifiée au 15 U.S.C. §§ 1-7 (1982)).
- Traité instituant la Communauté économique européenne*, Art. 85. **h**

### Authors Cited

- Amselek, Paul. "La teneur indécise du droit" (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199.
- Areeda, Phillip E. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 7. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
- Areeda, Phillip E. and Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (1990 Supplement)*. Boston: Little, Brown & Co., 1990. **j**

### Doctrine citée

- Amselek, Paul. «La teneur indécise du droit» (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199. **i**
- Areeda, Phillip E. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 7. Boston: Little, Brown & Co., 1987.
- Areeda, Phillip E. and Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (1990 Supplement)*. Boston: Little, Brown & Co., 1990.

- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3rd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Blaau, Loammi C. "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights" (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76.
- Carré de Malberg, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1. Paris: Sirey, 1920.
- Chevallier, Jacques. "L'État de droit" (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313.
- Chitty on Contracts: General Principles*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Colvin, Eric. "Criminal Law and The Rule of Law". In Patrick Fitzgerald, ed., *Crime, Justice & Codification: Essays in commemoration of Jacques Fortin*. Toronto: Carswell, 1986, 125.
- Dunlop, Bruce, David McQueen and Michael Trebilcock. *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*. Toronto: Canada Law Book Inc., 1987.
- Henry, Jean-Pierre. "Vers la fin de l'État de droit?" (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207.
- Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Neumann, Franz. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington Spa, Warwickshire: Berg Publishers Ltd., 1986.
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.
- Stanbury, W. T. *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform*. National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, October 1989.
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. "Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1988.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Blaau, Loammi C. «The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights» (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76.
- a Carré de Malberg, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1. Paris: Sirey, 1920.
- Chevallier, Jacques. «L'État de droit» (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313.
- b *Chitty on Contracts: General Principles*, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Colvin, Eric. «Criminal Law and The Rule of Law». Dans Patrick Fitzgerald, dir., *Crime, Justice & Codification: Essais à la mémoire de Jacques Fortin*. Toronto: Carswell, 1986, 125.
- c Dunlop, Bruce, David McQueen and Michael Trebilcock. *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*. Toronto: Canada Law Book Inc., 1987.
- d Henry, Jean-Pierre. «Vers la fin de l'État de droit?» (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207.
- ⊗ Jeffries, John Calvin, Jr. «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- e Neumann, Franz. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington Spa, Warwickshire: Berg Publishers Ltd., 1986.
- ⊗ Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.
- f Stanbury, W. T. *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform*. National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, Octobre 1989.
- g Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. «Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach» (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- h Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1988.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352, setting aside a judgment of the Trial Division (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259, allowing the appellants' motion to quash the indictment. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259, qui avait accueilli la requête des appelants en annulation de l'acte d'accusation. Pourvoi rejeté.

*Joel Fichaud, H. E. Wrathall, Q.C., and Catherine Walker, for the appellants.*

*Michael R. Dambrot, Q.C., Calvin S. Goldman, Q.C., and John S. Tyhurst, for the respondent.*

*M. Philip Tunley and David B. Butt, for the intervener the Attorney General for Ontario.*

*Bart Rosborough, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*Yves Bériault and Madeleine Renaud, for the interveners the Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al.*

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—

### I. Facts and Proceedings

The twelve appellants were indicted on May 31, 1990, with two counts of conspiracy to prevent or lessen competition unduly, contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Both counts related to the sale and offering for sale of prescription drugs and pharmacists' dispensing services between January 1, 1974 and June 16, 1986, for the first, and between July 1, 1976 and June 16, 1986, for the second. The trial was set to begin in October of 1990.

On August 21, 1990, the appellants made a motion for an order to quash the indictment, on the basis that ss. 32(1)(c), 32(1.1) and 32(1.3) of the Act violated ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were therefore invalid. The arguments raised revolved essentially on the issues of vagueness and *mens rea*. On September 5, 1990, Roscoe J. of the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, allowed the motion and quashed the indictment: (1990), 98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259. The respon-

*Joel Fichaud, H. E. Wrathall, c.r., et Catherine Walker, pour les appelants.*

*Michael R. Dambrot, c.r., Calvin S. Goldman, c.r., et John S. Tyhurst, pour l'intimée.*

*M. Philip Tunley et David B. Butt, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Bart Rosborough, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*Yves Bériault et Madeleine Renaud, pour les intervenants l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—

### I. Les faits et les procédures

Les douze appelants ont fait l'objet d'une mise en accusation le 31 mai 1990 portant sur deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l'al. 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Les deux chefs se rapportaient à la vente et à la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu'à la fourniture de services de pharmacien, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1974 et le 16 juin 1986 pour ce qui est du premier chef, et entre le 1<sup>er</sup> juillet 1976 et le 16 juin 1986 pour ce qui est du second. Le procès devait commencer en octobre 1990.

Le 21 août 1990, les appelants ont présenté une requête afin d'obtenir une ordonnance annulant l'acte d'accusation parce que l'al. 32(1)c) et le par. 32(1.1) ainsi que le par. 32(1.3) de la Loi violaient l'art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et étaient donc invalides. Les arguments invoqués portaient essentiellement sur les questions de l'imprécision et de la *mens rea*. Le 5 septembre 1990, le juge Roscoe de la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait droit à la requête et annulé l'acte d'accusation: (1990),

dent appealed to the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division. On April 24, 1991, a unanimous bench (Clarke C.J.N.S., Jones and Hallett JJ.A.) allowed the appeal: (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352. A notice of appeal was filed in this Court on May 22, 1991.

## II. Relevant Statutory Provisions

### *Combines Investigation Act*

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

The Act was amended in 1976 by S.C. 1974-75-76, c. 76, also known as "Stage I" of competition law reform. Section 32(1.1) was then added:

(1.1) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in violation of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

98 N.S.R. (2d) 296, 263 A.P.R. 296, 73 D.L.R. (4th) 500, 59 C.C.C. (3d) 30, 32 C.P.R. (3d) 259. L'intimée a interjeté appel devant la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Le 24 avril 1991, la cour a fait droit à l'appel, à l'unanimité (le juge en chef Clarke et les juges Jones et Hallett): (1991), 102 N.S.R. (2d) 222, 279 A.P.R. 222, 80 D.L.R. (4th) 206, 64 C.C.C. (3d) 129, 36 C.P.R. (3d) 173, 7 C.R.R. (2d) 352. Un avis d'appel a été déposé au greffe de notre Cour le 22 mai 1991.

## II. Dispositions législatives pertinentes

### *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*

32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

c) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

La Loi a été modifiée en 1976 (S.C. 1974-75-76, ch. 76, également appelé «première phase» de la réforme de la loi sur la concurrence), par l'insertion du par. 32(1.1):

(1.1) Pour plus de certitude, il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, s'ils étaient exécutés, élimineraient ou seraient susceptibles d'éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel ils se rapportent, ni que les participants ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché.

In 1986, in the course of "Stage II" of the reform, S.C. 1986, c. 26, further added s. 32(1.3) to the Act (renamed the *Competition Act*):

(1.3) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

These sections are now respectively known as ss. 45(1)(c), (2) and (2.2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34.

### III. Judgments Below

#### *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division*

On the *mens rea* issue, Roscoe J. reviewed the case law and concluded that s. 32(1)(c) of the Act requires the Crown to prove only that the accused intended to enter into an agreement, the effect of which, if carried out, would be to lessen competition, but not that it also intended to prevent or lessen competition unduly. Relying on *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, she found that s. 32(1)(c) creates a truly criminal offence, and that the absence of a subjective *mens rea* requirement with respect to the lessening of competition leaves the possibility that the "morally innocent" be convicted. She therefore concluded that s. 32(1)(c) violates s. 7 of the *Charter*.

On the vagueness issue, Roscoe J., after having considered the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (hereinafter the "*Prostitution Reference*"), examined the case law interpreting the word "unduly" in s. 32(1)(c) of the Act. She was of the opinion that the only test that provided a sufficient degree of certainty to meet the standards

En 1986, lors de la «deuxième phase» de la réforme (S.C. 1986, ch. 26), le par. 32(1.3) a été inséré dans la Loi (qui est devenue la *Loi sur la concurrence*):

(1.3) Il est précisé, pour plus de sûreté, qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêts, cet accord ou à cet arrangement et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés au paragraphe (1).

Ces dispositions sont devenues l'al. 45(1)c) et les par. 45(2) et (2.2) respectivement de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34.

### d III. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

#### *Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

Au sujet de la *mens rea*, le juge Roscoe étudie la jurisprudence et conclut que l'al. 32(1)c) de la Loi exige que le ministère public prouve seulement que l'accusé avait l'intention de conclure un accord qui aurait pour effet, s'il était exécuté, de diminuer la concurrence, mais non qu'il avait aussi l'intention d'empêcher ou de diminuer, indûment, la concurrence. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, elle estime que l'al. 32(1)c) crée une infraction criminelle véritable et que de ne pas exiger une *mens rea* subjective à l'égard de la diminution de la concurrence laisserait subsister la possibilité qu'une personne «moralement innocente» soit déclarée coupable. Elle conclut donc que l'al. 32(1)c) viole l'art. 7 de la *Charte*.

Quant à la question de l'imprécision, le juge Roscoe, après avoir examiné le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), analyse la jurisprudence traitant de l'interprétation du mot «indûment» à l'al. 32(1)c) de la Loi. À son avis, le seul critère qui offre suffisamment de certitude pour satisfaire aux normes

of s. 7 was the “virtual elimination of competition” test enunciated by Cartwright J. in *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. Since that test had been repealed by the enactment in 1976 of s. 32(1.1), Roscoe J. held that s. 32(1)(c) was too vague and violated s. 7 of the *Charter*. She also held the indictment too vague, on the basis that the mere repetition of the words of s. 32(1)(c) in the indictment could not give sufficient notice and information to the accused, and deprived them of their right to a full answer and defence under ss. 7, 11(a) and 11(d) of the *Charter*.

Roscoe J. considered that s. 1 of the *Charter* could not be applied to cure the violations of s. 7 flowing from the *mens rea* requirement, following the *dictum* of Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, as well as appellate pronouncements on the issue. She also considered that the vagueness of s. 32(1)(c) could not make it a limit “prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*, and thus that this violation of s. 7 could not be saved either. She declared ss. 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act invalid and of no force and effect, and quashed the indictment.

*Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division* (1991), 64 C.C.C. (3d) 129

For the Court, on the *mens rea* issue, Clarke C.J.N.S. viewed *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644, as having effected a change in law. Following the decision of this Court, he held that s. 32(1)(c) requires the Crown to prove that the accused intended unduly to lessen competition. Furthermore, Clarke C.J.N.S. characterized s. 32(1)(c) as a criminal offence, even though it is found in a regulatory statute, citing *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, in support. In the light of *Vaillancourt* and *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, he held that “where a statutory provision creates an offence and imposes the possibility of imprisonment as a penalty upon conviction,

de l’art. 7 est le critère de [TRADUCTION] «la quasi-élimination de la concurrence» énoncé par le juge Cartwright dans l’arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Comme ce critère a été aboli quand le par. 32(1.1) a été édicté en 1976, le juge Roscoe décide que l’al. 32(1)(c) est trop imprécis et viole l’art. 7 de la *Charte*. Elle décide en outre que l’acte d’accusation est trop imprécis car la simple répétition, dans celui-ci, des mots employés dans l’al. 32(1)(c) ne comporte pas un avertissement et une information suffisants pour les inculpés et les prive du droit à une défense pleine et entière, garanti par l’art. 7 et les al. 11a) et 11d) de la *Charte*.

Le juge Roscoe estime que l’article premier de la *Charte* ne peut être appliqué pour remédier à la violation de l’art. 7 en matière de *mens rea*; elle suit ainsi l’opinion incidente du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ainsi que des arrêts de cours d’appel sur cette question. Elle estime également qu’à cause de son imprécision, l’al. 32(1)(c) ne peut constituer une restriction prescrite par une «règle de droit» au sens de l’article premier de la *Charte* et que, par conséquent, cette violation de l’art. 7 ne peut être justifiée non plus. Elle déclare que l’al. 32(1)(c) et le par. 32(1.1) de la Loi sont invalides et inopérants et elle casse l’acte d’accusation.

*Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1991), 64 C.C.C. (3d) 129

Selon le juge en chef Clarke, qui exprime l’opinion de la cour, l’arrêt *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644, a modifié le droit quant à la *mens rea*. Se fondant sur la décision de notre Cour, il conclut que l’al. 32(1)(c) oblige le ministère public à prouver que l’accusé avait l’intention de diminuer indûment la concurrence. Au surplus, le juge en chef Clarke qualifie l’infraction prévue à l’al. 32(1)(c) d’infraction criminelle, quoiqu’elle soit prévue dans une loi réglementaire, citant à l’appui l’arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338. Vu les arrêts *Vaillancourt* et *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, il décide que [TRADUCTION] «lorsqu’une disposition législative crée

some degree of *mens rea* must attach to each essential element of the offence if the provision is to comply with s. 7 of the Charter” (p. 146). Given his conclusion on the substance of the section, there was no infringement of s. 7.

Clarke C.J.N.S. did not rule on the validity of s. 32(1.3) of the Act. Since it effected a substantive change in the law by removing the subjective *mens rea* requirement with respect to the lessening of competition, this section could not have a retroactive effect, and therefore it did not apply to the charges against the accused.

With respect to the vagueness argument, Clarke C.J.N.S. considered that the impugned provision must be assessed in light of the Act as a whole and of the relevant case law. First of all, in ss. 32(2) and 32(3), the Act enumerates subject-matters that will or will not attract the application of s. 32(1). Section 32(1.1) indicates that a virtual elimination of competition is not necessary to constitute the offence.

Secondly, case law has established that the inquiry must focus on the effect of the agreement on competition in the related market. A host of considerations then come into play, constituting a framework for decision. Clarke C.J.N.S. could not find s. 32(1)(c) vague, as it has been given meaning by the courts for a long period of time, leading to convictions and acquittals. The word “unduly” actually benefits the accused; even though it defies precise measurement, it is of common usage, and denotes a sense of seriousness. Parties to an impugned agreement were in the best position to assess the likely effect on competition.

Section 32(1)(c) was held by Clarke C.J.N.S. not to be unconstitutionally vague, and consequently the indictment was held not to violate ss. 7, 11(a) or 11(d) of the *Charter*. The appeal was allowed.

une infraction et prévoit une peine d'emprisonnement, un degré de *mens rea* doit se rattacher à chaque élément essentiel de l'infraction pour que la disposition soit conforme à l'art. 7 de la Charte» (p. 146). Vu sa conclusion sur le fond de cette disposition, il estime qu'il n'y a pas de violation de l'art. 7.

Le juge en chef Clarke ne statue pas sur la validité du par. 32(1.3) de la Loi. Comme ce paragraphe a apporté une modification importante au droit, en supprimant l'exigence de la *mens rea* subjective relativement à la diminution de la concurrence, il ne peut avoir d'effet rétroactif et, par conséquent, ne s'applique pas aux accusations portées contre les accusés.

Quant à l'argument relatif à l'imprécision, le juge en chef Clarke considère qu'il faut étudier la disposition attaquée dans le contexte de la Loi dans son ensemble et de la jurisprudence pertinente. En premier lieu, la Loi énumère, aux par. 32(2) et 32(3), des sujets exclus de l'application du par. 32(1) et d'autres qui ne le sont pas. Aux termes du par. 32(1.1), la quasi-élimination de la concurrence ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction.

En second lieu, la jurisprudence a établi que l'examen doit porter sur l'effet de l'accord sur la concurrence dans le marché en cause. Une série de considérations entrent alors en jeu et déterminent la décision. Le juge en chef Clarke n'a pu conclure à l'imprécision de l'al. 32(1)(c) car les tribunaux ont depuis longtemps donné un sens à cet alinéa et ont prononcé des déclarations de culpabilité ou des acquittements. Le mot «indûment» favorise en fait l'accusé; bien qu'il ne se prête pas à la mesure exacte, il est d'usage courant et connote la gravité. Les parties à l'accord mis en cause sont les mieux placées pour évaluer l'effet vraisemblable sur la concurrence.

Le juge en chef Clarke décide que l'al. 32(1)(c) n'est pas imprécis au point d'être inconstitutionnel et que, par conséquent, l'acte d'accusation ne viole pas l'art. 7 ni les al. 11(a) et 11(d) de la *Charte*. Il a fait droit à l'appel.

IV. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on July 11, 1991:

1. Is s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) in whole or in part inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>a</sup>
2. Is s. 32(1.1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>b</sup>
3. If the answer to questions 1 or 2 is yes, is the infringement nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>c</sup>

Given the structure of the arguments presented by the parties, I propose to deal with the various issues as follows:

- I. The alleged unconstitutional vagueness of ss. 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act and of the indictment;
- II. A. The *mens rea* required by s. 32(1)(c) of the Act; and <sup>e</sup>
- B. The constitutionality of the *mens rea* requirement of s. 32(1)(c) of the Act. <sup>f</sup>

In their notice of appeal, the appellants raised only the vagueness issue as a ground of appeal. By a notice of intention of June 20, 1991, the respondent indicated that it would seek a variation of the appeal judgment on the *mens rea* issue. The respondent asks this Court to hold that s. 32(1)(c) does not require the Crown to prove intent to lessen competition, and that s. 32(1)(c) nevertheless does not violate the *Charter*. The appellants contend that the respondent was forbidden to raise the *mens rea* issue without having obtained prior leave from the Court under Rule 29(2) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, since the respondent is indeed cross-appealing from the appeal judgment. <sup>g</sup>

IV. Les questions en litige

Le 11 juillet 1991, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>a</sup>
2. Le paragraphe 32(1.1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant le par. 45(2) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>b</sup>
3. Si la réponse à la première ou à la deuxième question est affirmative, l'atteinte est-elle néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>c</sup>

Étant donné la structure de l'argumentation des parties, je me propose d'étudier les diverses questions en litige dans l'ordre suivant:

- I. L'imprécision alléguée, sur le plan constitutionnel, de l'al. 32(1)c) et du par. 32(1.1) de la Loi et de l'acte d'accusation;
- II. A. La *mens rea* exigée par l'al. 32(1)c) de la Loi; <sup>e</sup>
- B. La constitutionnalité de l'exigence de la *mens rea* à l'al. 32(1)c) de la Loi. <sup>f</sup>

Dans leur avis d'appel, les appelants soulèvent seulement la question de l'imprécision comme moyen d'appel. Par un avis d'intention en date du 20 juin 1991, l'intimée indique qu'elle demandera la modification du jugement rendu en appel quant à la question de la *mens rea*. L'intimée demande à notre Cour de conclure que l'al. 32(1)c) n'impose pas au ministère public de prouver l'intention de diminuer la concurrence et que, néanmoins, il ne viole pas la *Charte*. Les appelants soutiennent qu'il était interdit à l'intimée de soulever la question de la *mens rea* sans avoir d'abord obtenu l'autorisation de la Cour conformément à la règle 29(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, puisque l'intimée forme en fait un appel incident contre le jugement rendu en appel. <sup>g</sup>

The respondent through its notice of intention is not in fact launching a cross-appeal from the decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division. It does not seek to modify the disposition of the case. It only aims at varying the reasons given for that disposition. This case falls plainly within Rule 29(1) of the Rules of the Supreme Court. Rule 29(2), dealing with cross-appeals, has no application here. Upon filing a notice of intention, the respondent could request a variation of the Court of Appeal judgment on the *mens rea* issue, as long as it ultimately upholds its disposition of the case. Even if the respondent had not filed a notice of intention, the Court would have retained under Rule 29(1) complete discretion to treat the whole case as open, as was done in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. As Dickson J. (as he then was) wrote at p. 240, "it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law."

The *mens rea* issue is therefore properly before this Court.

V. Sections 32(1)(c) and 32(1.1) of the Act and Vagueness under Section 7 of the Charter

Since vagueness is a central issue in this case, it is useful to review the relevant principles and their application before dealing with the merits of the case.

A. *Vagueness under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The Case Law of this Court

So far eight cases have given rise to discussions of vagueness issues under the *Charter*. A review of them will show that, while the theme of vagueness and the related notion of overbreadth have appeared in many decisions of this Court, giving rise to some questions as to the proper place of these concepts within *Charter* analysis, few state-

Par son avis d'intention, l'intimée ne forme pas en réalité un appel incident contre la décision de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Elle ne cherche pas à faire modifier le dispositif. Elle vise seulement à faire modifier les motifs. Cette affaire est régie de toute évidence par la règle 29(1) des Règles de la Cour suprême. La règle 29(2), relative aux appels incidents, n'est pas applicable en l'espèce. En déposant un avis d'intention, l'intimée pouvait demander que le jugement de la Cour d'appel soit modifié quant à la question de la *mens rea*, dans la mesure où le dispositif restait le même. Même si l'intimée n'avait pas déposé un avis d'intention, la Cour aurait eu le pouvoir discrétionnaire, en application de la règle 29(1), de considérer l'ensemble de l'affaire, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 240, «il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants».

Notre Cour est donc saisie à bon droit de la question de la *mens rea*.

V. L'alinéa 32(1)c) et le par. 32(1.1) de la Loi et l'imprécision au regard de l'art. 7 de la Charte

Puisque la question de l'imprécision est au cœur du pourvoi, il est utile d'étudier les principes pertinents et leur application avant de statuer au fond.

A. *L'imprécision au regard de la Charte canadienne des droits et libertés*

1. La jurisprudence de notre Cour

Jusqu'à maintenant, huit arrêts ont traité de questions relatives à l'imprécision dans le cadre de la *Charte*. L'analyse de ces arrêts montrera que, si le thème de l'imprécision et la notion connexe de la portée excessive ont été abordés dans de nombreux arrêts de notre Cour, suscitant certaines questions au sujet de la place appropriée de ces

ments have been made to substantiate the notion of vagueness, and its relationship with overbreadth.

Beetz J., in his opinion in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, responded to the argument that s. 251(4)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was vague and offended s. 7 of the *Charter*. This section made abortions conditional upon the obtention of a doctor's certificate to the effect that the life or health of the woman was in danger. Beetz J. held that the standard of "likely danger to health" was not unduly vague. Since the law contemplated that the danger to health would be assessed by a medical practitioner exercising a medical judgment, some measure of flexibility was acceptable. "Flexibility and vagueness are not synonymous", wrote Beetz J. at p. 107.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, it was submitted that ss. 248 and 249 of the *Quebec Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, were too vague to constitute a limit prescribed by law. Sections 248 and 249 forbid commercial advertising directed at persons under 13 years of age. Section 249 lists three factors to be taken into account when determining whether an advertisement was so directed, the last of which is the time and place of the advertisement. Then s. 249 enunciates that the mere fact that the advertisement was printed or broadcast in circumstances where it was intended for persons 13 and over or for all persons does not create a presumption that the advertisement is not directed at persons under 13. It was argued that s. 249 was confusing and left too much scope for discretion. The majority of the Court disagreed. It found that the text of the section could be given a sensible construction. On the issue of discretion, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. wrote at p. 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that stan-

concepts dans l'analyse fondée sur la *Charte*, on a peu traité de la notion d'imprécision et de ses rapports avec celle de portée excessive.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Beetz a répondu à l'argument selon lequel l'al. 251(4)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, était imprécis et contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. Cet alinéa interdisait l'avortement sauf si un médecin délivrait un certificat attestant que la vie ou la santé de la mère était compromise. Le juge Beetz a décidé que le critère du «danger probable pour la santé» n'était pas trop imprécis. Comme la loi disposait que le danger pour la santé serait apprécié par un médecin qui porterait un jugement médical, un certain degré de souplesse était acceptable. «Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision», dit le juge Beetz, à la p. 107.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, on a allégué que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, étaient trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Les articles 248 et 249 interdisent la publicité destinée à des personnes de moins de treize ans. L'article 249 énumère trois facteurs qu'il faut prendre en considération pour déterminer si un message publicitaire est destiné aux enfants, le dernier étant le moment et l'endroit où il apparaît. L'article 249 dit ensuite que le fait que le message publicitaire soit imprimé ou diffusé de manière à être destiné à des personnes de treize ans et plus ou à tous ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans. On a soutenu que l'art. 249 était confus et conférait un pouvoir discrétionnaire trop large. À la majorité, la Cour a repoussé cet argument. Elle a conclu qu'il était possible de donner une interprétation raisonnable à l'article. Quant à la question du pouvoir discrétionnaire, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson écrivent, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions.

dard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Then came the *Prostitution Reference*, supra, where it was alleged that ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, were impermissibly vague under s. 7 of the *Charter*. Lamer J. (as he then was) devoted a long passage in his reasons to the "void for vagueness" doctrine. Lamer J. ascribed two rationales for the invalidation of vague laws under s. 7 of the *Charter* at p. 1152, that is the need (1) to give citizens fair notice of the consequences of their conduct, so that they may avoid liability and benefit from a full answer and defence should they be tried and (2) to limit law enforcement discretion. He then reviewed the distinction between vagueness and overbreadth. At page 1155, Lamer J. pointed out that vagueness has been argued both under s. 7 and s. 1 of the *Charter*. He made some remarks on the issue: the vagueness doctrine does not require absolute certainty of laws, the interpretative role of the courts must not be overlooked and the possibility of varying interpretations is not fatal (at pp. 1156-57). He then proceeded to consider the impugned sections of the *Code* and found them not in violation of s. 7 of the *Charter* on account of vagueness. For the majority, Dickson C.J. endorsed Lamer J.'s analysis. While in dissent, Wilson J. agreed with the majority on this point.

Lamer J. also stated that even if the section was not constitutionally vague, it could nevertheless be found overly broad under s. 1 analysis. The majority did not consider this to be the case, but Wilson J. found the provisions too broad to meet the "minimal impairment" test. The *Prostitution*

L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Puis, est arrivé le *Renvoi sur la prostitution*, précité, dans lequel on a allégué que l'art. 193 et l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, étaient d'une imprécision inacceptable au regard de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a consacré un long passage de ses motifs à la théorie de la «nullité pour cause d'imprécision». À la p. 1152, il expose deux motifs d'invalidation de lois imprécises fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, savoir la nécessité premièrement, que les citoyens soient raisonnablement prévenus des conséquences de leur conduite, de façon à ce qu'ils puissent éviter d'être tenus responsables et faire valoir une défense pleine et entière en cas de poursuites, et deuxièmement, que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité. Il étudie ensuite la distinction entre l'imprécision et la portée excessive. À la page 1155, il souligne que l'imprécision a été invoquée au regard à la fois de l'art. 7 et de l'article premier. Il fait quelques observations à ce sujet: la théorie de l'imprécision n'exige pas qu'une loi soit d'une certitude absolue, il ne faudrait pas oublier que les tribunaux ont un rôle quant à l'interprétation des lois et le fait qu'une loi soit susceptible de diverses interprétations ne lui est pas fatal (aux pp. 1156 et 1157). Puis, il examine les articles du *Code* attaqués et conclut qu'ils ne violent pas l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision. Au nom de la majorité, le juge en chef Dickson a souscrit à l'analyse du juge Lamer. Le juge Wilson était dissidente, mais elle partageait l'avis de la majorité sur ce point.

Le juge Lamer a également déclaré que même s'il n'était pas d'une imprécision inconstitutionnelle, l'article pourrait être tenu pour une disposition de portée excessive dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. La majorité a estimé que tel n'était pas le cas, mais le juge Wilson a

*Reference* established the doctrine of vagueness as one of the fundamental principles of justice under s. 7 of the *Charter*, and also differentiated vagueness and overbreadth.

This distinction came to the fore in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. This time the question was considered under the “minimal impairment” branch of the *Oakes* test (developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). It had been argued that s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was too broad in its ambit (“wilfully promot[ing] hatred against any identifiable group”), and could include expression that bears no relationship with Parliament’s objective in enacting the statute. Furthermore, the vagueness of s. 319(2) was also raised. For the majority, Dickson C.J. blended both concepts. After a careful analysis of the wording of s. 319(2) and of the defences open to the accused in s. 319(3), Dickson C.J. concluded that the subsection did pass the “minimal impairment” test. McLachlin J. in dissent focused more precisely on the overbreadth of the section in her reasons, even though she relied on the same elements as Dickson C.J. *Keegstra* does not bring anything new to the principles that had already been developed, and the majority opinion does not distinguish between vagueness and overbreadth quite as clearly as in the *Prostitution Reference*.

In *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, a companion case to *Keegstra*, McLachlin J. in dissent commented on the proper place of vagueness within *Charter* analysis. She wrote at p. 956:

[T]he difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used [in the impugned section] is a factor to be taken into account in assessing whether the law is “demonstrably justified in a free and democratic society”. But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a “limit prescribed by law”, unless the provision could

considéré que les dispositions étaient trop larges pour satisfaire au critère de l’«atteinte minimale». Le *Renvoi sur la prostitution* a établi que la théorie de l’imprécision formait l’un des principes fondamentaux de justice qui sous-tendent l’art. 7 de la *Charte* et a aussi distingué l’imprécision de la portée excessive.

Cette distinction a été mise en évidence dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Cette fois-ci, la question a été analysée sous l’angle du volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. On avait soutenu que le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, avait une portée trop large («fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable») et qu’il pouvait inclure une expression sans rapport avec l’objectif du législateur. Par surcroît, l’imprécision du par. 319(2) a aussi été invoquée. Au nom de la majorité, le juge en chef Dickson a fusionné les deux notions. Après avoir examiné attentivement le libellé du par. 319(2) et les moyens de défense prévus au par. 319(3), il a conclu que le paragraphe satisfaisait au critère de l’«atteinte minimale». Dans ses motifs, le juge McLachlin (dissidente) a mis davantage l’accent sur la portée excessive de la disposition, bien qu’elle se soit appuyée sur les mêmes éléments que le juge en chef Dickson. L’arrêt *Keegstra* n’a rien ajouté aux principes qui avaient déjà été établis et l’opinion de la majorité n’a pas distingué l’imprécision et la portée excessive d’une manière tout à fait aussi claire que dans le *Renvoi sur la prostitution*.

Dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, affaire connexe de *Keegstra*, le juge McLachlin, dissidente, a fait des observations au sujet de la place appropriée de l’imprécision dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte*. Elle écrit, à la p. 956:

[L]a difficulté qu’il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés [dans l’article contesté] est un facteur à prendre en considération pour déterminer s’il s’agit d’une règle de droit «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». J’hésiterais toutefois à contourner complètement l’analyse en vertu de l’article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues

truly be described as failing to offer an intelligible standard.

McLachlin J. seems to envision a relatively stringent standard for vagueness, if it is to cut short the s. 1 analysis through a finding that the disposition is not law within the meaning of "prescribed by law".

In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, L'Heureux-Dubé J. discussed the vagueness and overbreadth of s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373. She was of the opinion that a statutory disposition, if too vague, would not constitute a limit "prescribed by law", while if overbroad, may not pass the *Oakes* test (at p. 208). In her discussion of vagueness, she linked this concept with the rule of law, and restated the dual concerns of fair notice and limitation of enforcement discretion that had been formulated by Lamer J. in the *Prostitution Reference*. As for overbreadth, L'Heureux-Dubé J. considered that this doctrine was more or less subsumed within the "minimal impairment" branch of the *Oakes* test.

Further in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, the vagueness and overbreadth of s. 33 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, were at issue under the s. 1 analysis. For the majority, Sopinka J. adopted the statements made by McLachlin J. in *Taylor* and added at pp. 94-95:

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable

qu'ils ne constituent pas une restriction prescrite «par une règle de droit», à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu'elle n'énonce pas de norme intelligible.

<sup>a</sup> Le juge McLachlin semble envisager un critère assez strict relativement à l'imprécision si celui-ci permet de couper court à l'analyse fondée sur l'article premier et de conclure que la disposition n'est pas une restriction prescrite par une «règle de droit».

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, le juge L'Heureux-Dubé s'est penchée sur l'imprécision et la portée excessive de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373. À son avis, une disposition trop imprécise ne constitue pas une limite prescrite «par une règle de droit» tandis que si sa portée est excessive, elle ne satisfera peut-être pas au critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (à la p. 208). Examinant la notion d'imprécision, elle a établi un lien avec la primauté du droit et réaffirmé les deux préoccupations qu'avait formulées le juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution* relativement à l'avertissement raisonnable et à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

<sup>d</sup> Quant à la portée excessive, le juge L'Heureux-Dubé a considéré que cette théorie était plus ou moins subsumée dans le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

<sup>g</sup> En outre, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, l'imprécision et la portée excessive de l'art. 33 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, devaient être examinées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a fait siens les propos du juge McLachlin dans l'arrêt *Taylor* et ajouté ce qui suit, aux pp. 94 et 95:

<sup>i</sup> Or, il existe au moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pou-

of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

In its recent decision in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, this Court followed its case law and found that the words "undue exploitation of sex" in s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constituted a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter* and, as interpreted by the courts satisfied the minimum impairment branch of the s. 1 test.

The foregoing may be summarized by way of the following propositions:

1. Vagueness can be raised under s. 7 of the *Charter*, since it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. It can also be raised under s. 1 of the *Charter in limine*, on the basis that an enactment is so vague as not to satisfy the requirement that a limitation on *Charter* rights be "prescribed by law". Furthermore, vagueness is also relevant to the "minimal impairment" stage of the *Oakes* test (*Morgentaler*, *Irwin Toy* and the *Prostitution Reference*).
2. The "doctrine of vagueness" is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement

voir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

Dans son arrêt récent *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour a suivi la jurisprudence et conclu que les mots «exploitation indue des choses sexuelles» au par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituaient une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte* et, suivant l'interprétation des tribunaux, satisfaisaient au volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier.

On peut résumer cet exposé par les propositions suivantes:

1. On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* (arrêts *Morgentaler*, *Irwin Toy* et *Renvoi sur la prostitution*).
2. La «théorie de l'imprécision» repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité (*Ren-*

discretion (*Prostitution Reference and Committee for the Commonwealth of Canada*).

3. Factors to be considered in determining whether a law is too vague include (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist (*Morgentaler, Irwin Toy, Prostitution Reference, Taylor and Osborne*).
4. Vagueness, when raised under s. 7 or under s. 1 *in limine*, involves similar considerations (*Prostitution Reference and Committee for the Commonwealth of Canada*). On the other hand, vagueness as it relates to the "minimal impairment" branch of s. 1 merges with the related concept of overbreadth (*Committee for the Commonwealth of Canada and Osborne*).
5. The Court will be reluctant to find a disposition so vague as not to qualify as "law" under s. 1 *in limine*, and will rather consider the scope of the disposition under the "minimal impairment" test (*Taylor and Osborne*).

In order to give a more complete picture of issues of vagueness under the *Charter*, I will examine in turn the proper place of the doctrine of vagueness in *Charter* analysis and its content.

## 2. The Proper Place of the Doctrine of Vagueness in *Charter* Adjudication

Vagueness is often mingled and confused with overbreadth, possibly because of the influence of American authorities. From a review of American law, it will appear that overbreadth is not an autonomous notion in Canadian law, and that, contrary to the position of U.S. constitutional law, vague-

voit sur la prostitution et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*).

3. Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister (arrêts *Morgentaler, Irwin Toy, Renvoi sur la prostitution, Taylor et Osborne*).
4. L'imprécision, qu'elle soit soulevée par rapport à l'art. 7 ou par rapport à l'article premier *in limine*, fait entrer en jeu des considérations semblables (*Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*). En revanche, l'imprécision, en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de portée excessive (arrêts *Comité pour la République du Canada* et *Osborne*).
5. La Cour hésitera à décider qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine* et examinera plutôt la portée de la disposition sous l'éclairage du critère de l'«atteinte minimale» (arrêts *Taylor et Osborne*).

Afin de compléter cet exposé sur les questions touchant l'imprécision dans l'optique de la *Charte*, j'étudierai d'abord la place appropriée de la théorie de l'imprécision dans l'analyse fondée sur la *Charte* et ensuite le contenu de la théorie.

## 2. La place appropriée de la théorie de l'imprécision dans les litiges relatifs à la *Charte*

L'imprécision et la portée excessive sont souvent mêlées et confondues, peut-être à cause de l'influence de la doctrine et de la jurisprudence américaines. Il ressort de notre analyse du droit américain que la portée excessive n'est pas une notion autonome en droit canadien et que, contrai-

ness should have a constant meaning in Canadian law.

Overbreadth in American law is tied to the First Amendment. It is grounds to obtain what is termed "facial invalidation" of a statute, as opposed to a declaration that the statute is unconstitutional in the case of the particular plaintiff, which is the usual remedy. *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), indicates how overbreadth interacts with vagueness in First Amendment cases. The court wrote at pp. 494-95:

In a facial challenge to the overbreadth and vagueness of a law, a court's first task is to determine whether the enactment reaches a substantial amount of constitutionally protected conduct. If it does not, then the overbreadth challenge must fail. The court should then examine the facial vagueness challenge and, assuming the enactment implicates no constitutionally protected conduct, should uphold the challenge only if the enactment is impermissibly vague in all of its applications.

Overbreadth ties in to the taxonomy of protected and unprotected conduct and expression developed by American courts under the First Amendment. Some conduct or expression receives First Amendment protection and some does not, and to the extent that a statute substantially touches upon protected conduct and cannot be severed or read down, it will be declared void (see L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1022).

This distinction between protected and unprotected conduct or expression is typical of American law, since the American Constitution does not contain a general balancing clause similar to s. 1 of the *Charter*. Balancing must be done within the First Amendment itself. In this respect, it can be seen that the doctrine of overbreadth in American law involves an element of balancing, since the aims and scope of the statute must be compared

rement au droit constitutionnel américain, l'imprécision devrait avoir une signification constante en droit canadien.

Aux États-Unis, la portée excessive est liée au Premier amendement. Elle autorise l'invalidation d'une loi qui est à première vue inconstitutionnelle, par opposition à la déclaration d'inconstitutionnalité qui bénéficie à un demandeur en particulier et qui est la réparation habituelle. L'arrêt *Village of Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), indique le rapport qui existe entre la portée excessive et l'imprécision dans les affaires concernant le Premier amendement. La cour écrit, aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] Lorsque l'on prétend à la fois qu'une loi est imprécise et que sa portée est excessive, le tribunal doit premièrement décider si la loi porte considérablement atteinte à une activité protégée par la Constitution. Dans la négative, la prétention fondée sur la portée trop large de la loi doit échouer. Le tribunal devrait ensuite examiner la prétention fondée sur l'apparente imprécision de la loi et, présumant que la loi ne porte sur aucune conduite protégée par la Constitution, il ne devrait faire droit à la contestation que si la loi est d'une imprécision inacceptable dans toutes ses applications.

La portée excessive a un rapport avec la taxinomie de la conduite et de l'expression protégées ou non protégées que les tribunaux américains ont élaborée au regard du Premier amendement. Certaines conduites ou expressions sont protégées par le Premier amendement et d'autres ne le sont pas et, dans la mesure où une loi, pour une large part, porte atteinte à une conduite protégée et ne peut pas être retranchée ni faire l'objet d'une interprétation atténuée, elle sera déclarée nulle (voir L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 1022).

Cette distinction entre la conduite et l'expression protégées et non protégées est typique du droit américain, car la Constitution des États-Unis ne contient pas de disposition générale exigeant la pondération des intérêts en jeu comme l'article premier de la *Charte*. C'est au sein même du Premier amendement qu'il faut trouver l'équilibre recherché. Sous ce rapport, on peut voir que la théorie de la portée excessive en droit américain

with the range of protection of the First Amendment. C. Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at pp. 261-62, traces this element of balancing to *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

This Court has repeatedly emphasized the numerous differences which exist between the *Charter* and the American Constitution. In particular, in the interpretation of s. 2 of the *Charter*, this Court has taken a route completely different from that of U.S. courts. In cases starting with *Irwin Toy* up to *Butler*, including the *Prostitution Reference* and *Keegstra*, this Court has given a wide ambit to the freedoms guaranteed by s. 2 of the *Charter*, on the basis that balancing between the objectives of the State and the violation of a right or freedom should occur at the s. 1 stage. Other sections of the *Charter*, such as ss. 7 and 8, do however incorporate some element of balancing, as a limitation within the definition of the protected right, with respect to other notions such as principles of fundamental justice or reasonableness.

A notion tied to balancing such as overbreadth finds its proper place in sections of the *Charter* which involve a balancing process. Consequently, I cannot but agree with the opinion expressed by L'Heureux-Dubé J. in *Committee for the Commonwealth of Canada* that overbreadth is subsumed under the "minimal impairment branch" of the *Oakes* test, under s. 1 of the *Charter*. This is also in accordance with the trend evidenced in *Osborne* and *Butler*. Furthermore, in determining whether s. 12 of the *Charter* has been infringed, for instance, a court, if it finds the punishment not grossly disproportionate for the accused, will typically examine reasonable hypotheses and assess whether the punishment is grossly disproportionate in these situations (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485). This

comporte un élément de pondération, car il faut soupeser les buts et la portée de la loi et l'étendue de la protection garantie par le Premier amendement. D'après C. Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), aux pp. 261 et 262, cet élément de pondération trouve son origine dans l'arrêt *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

Notre Cour a maintes fois souligné les nombreuses différences entre la *Charte* et la Constitution américaine. En particulier, dans l'interprétation de l'art. 2 de la *Charte*, notre Cour a retenu une solution complètement différente du point de vue adopté par les tribunaux américains. Dans ses décisions, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, jusqu'à l'arrêt *Butler*, dont le *Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu une large portée aux libertés garanties par l'art. 2 de la *Charte*, parce que c'est dans le cadre de l'article premier qu'il y a lieu de pondérer les objectifs de l'État et la violation d'un droit ou d'une liberté. Toutefois, d'autres articles de la *Charte*, notamment les art. 7 et 8, ont un certain élément de pondération, qui consiste en une restriction dans la définition du droit protégé, en ce qui concerne d'autres notions tels les principes de justice fondamentale ou le caractère raisonnable.

Une notion qui implique une pondération, comme la portée excessive, trouve tout à fait sa place dans les articles de la *Charte* qui exigent la prise en compte des intérêts divergents. Par conséquent, je ne peux que souscrire à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, selon qui la portée excessive est subsumée dans le «volet atteinte minimale» du critère de l'article premier énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Cette conclusion est aussi conforme à la tendance mise en lumière dans les arrêts *Osborne* et *Butler*. En outre, en décidant s'il y a eu violation de l'art. 12 de la *Charte*, par exemple, le tribunal, s'il estime que la peine n'est pas exagérément disproportionnée à ce que mérite l'accusé, examinera d'ordinaire des hypothèses raisonnables et vérifiera si la peine est exagérément disproportion-

inquiry also resembles the sort of balancing process associated with the notion of overbreadth.

In all these cases, however, overbreadth remains no more than an analytical tool. The alleged overbreadth is always related to some limitation under the *Charter*. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. There is no such thing as overbreadth in the abstract. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter*. As will be seen below, overbreadth is not at the heart of this case, although it has been invoked in argument.

The relationship between vagueness and "overbreadth" was well expounded by the Ontario Court of Appeal in this oft-quoted passage from *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad.

I agree. A vague law may also constitute an excessive impairment of *Charter* rights under the *Oakes* test. This Court recognized this, when it mentioned the two aspects of vagueness under s. 1 of the *Charter*, in *Osborne and Butler*.

For the sake of clarity, I would prefer to reserve the term "vagueness" for the most serious degree of vagueness, where a law is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law" under s. 1 in

tionnée dans ces situations (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485). Cet examen ressemble au processus de pondération associé à la notion de portée excessive.

Dans toutes ces décisions, la portée excessive reste cependant un simple outil analytique. La portée excessive alléguée se rapporte toujours à une restriction prévue dans la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions tels les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. La portée excessive n'a pas d'existence dans l'abstrait. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte*. Comme nous le verrons plus loin, la portée excessive n'est pas au cœur du présent litige, encore qu'elle ait été invoquée dans les plaidoiries.

Le rapport entre l'imprécision et la «portée excessive» a été bien exposé par la Cour d'appel de l'Ontario dans ce passage souvent repris de l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large.

Je suis d'accord. Une loi imprécise peut aussi constituer une atteinte excessive à des droits garantis par la *Charte* selon le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Notre Cour l'a reconnu quand elle a mentionné les deux aspects de l'imprécision au regard de l'article premier de la *Charte* dans les arrêts *Osborne et Butler*.

Par souci de clarté, je préférerais réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave de l'imprécision, lorsque la loi est imprécise au point de ne pas représenter une restriction prescrite

*limine*. The other aspect of vagueness, being an instance of overbreadth, should be considered as such.

Moreover, in American constitutional law, "vagueness" has been given various contents, depending on whether it is considered under the First, Fifth (and Fourteenth) or even Eighth Amendment (for statutory conditions warranting the imposition of the death penalty). The scope of the inquiry and the reference group will change, as the United States Supreme Court stated in *Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988), at p. 361.

Under the *Charter*, however, given the statements of Lamer J. in the *Prostitution Reference*, at p. 1155, I would consider that the "doctrine of vagueness" is a single concept, whether invoked as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* or as part of s. 1 of the *Charter in limine*. Indeed from a practical point of view this makes little difference in the analysis, since a consideration of s. 1 *in limine* would follow immediately the determination of whether s. 7 has been violated. No intermediate step is lost. From a theoretical perspective, the justifications invoked for the doctrine of vagueness under both s. 7 and s. 1 are similar. A reading of the aforementioned cases shows that the rationales of fair notice to the citizen and limitation of enforcement discretion are put forward in every discussion of vagueness, irrespective of where it occurs in the *Charter* analysis. I see no ground for distinguishing them.

Vagueness may be raised under the substantive sections of the *Charter* whenever these sections comprise some internal limitation. For example, under s. 7, it may be that the limitation on life, liberty and security of the person would not otherwise be objectionable, but for the vagueness of the impugned law. The doctrine of vagueness would then rank among the principles of fundamental jus-

par une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine*. L'autre aspect de l'imprécision, découlant de la portée excessive, devrait être considéré comme tel.

De plus, en droit constitutionnel américain, on a donné diverses interprétations à l'«imprécision», selon que la notion a été étudiée relativement au Premier, au Cinquième (et au Quatorzième), voire au Huitième amendement (conditions législatives justifiant la peine de mort). La portée de l'examen et le groupe de référence seront différents, comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Maynard c. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988), à la p. 361.

En vertu de la *Charte*, toutefois, étant donné les propos du juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution*, à la p. 1155, j'estimerais que la «théorie de l'imprécision» forme une seule notion, qu'elle soit invoquée en tant que principe de justice fondamentale, selon l'art. 7 de la *Charte*, ou en tant qu'élément de l'article premier de la *Charte in limine*. En effet, l'analyse différera peu, d'un point de vue pratique, car l'examen de l'article premier *in limine* viendrait immédiatement après que l'on aurait déterminé s'il y a eu violation de l'art. 7. Aucune étape intermédiaire n'est omise. Dans une perspective théorique, les justifications invoquées à l'appui de la théorie de l'imprécision, au regard de l'art. 7 et de l'article premier, sont semblables. Il ressort de la jurisprudence précitée que les arguments relatifs à l'avertissement raisonnable donné aux citoyens et à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi sont avancés dans tout débat touchant l'imprécision, peu importe la place où cette question est abordée dans l'analyse fondée sur la *Charte*. Je ne vois aucune raison d'établir une distinction à leur égard.

L'imprécision peut être soulevée aux termes des dispositions de fond de la *Charte* chaque fois que ces dispositions comprennent une restriction inhérente. Par exemple, au regard de l'art. 7, il se peut que la restriction à la vie, à la liberté et à la sécurité ne soit pas par ailleurs inacceptable, sauf quant à l'imprécision de la loi contestée. La théorie de l'imprécision ferait alors partie des principes de

tice. Outside of these cases, the proper place of a vagueness argument is under s. 1 *in limine*.

justice fondamentale. Ces cas mis à part, la place tout indiquée de l'argument tiré de l'imprécision serait l'analyse requise par l'article premier *in limine*.

I would therefore conclude that:

Je conclurais donc ainsi:

1. What is referred to as "overbreadth", whether it stems from the vagueness of a law or from another source, remains no more than an analytical tool to establish a violation of a *Charter* right. Overbreadth has no independent existence. References to a "doctrine of overbreadth" are superfluous.

1. Ce que l'on a appelé la «portée excessive», qu'elle découle de l'imprécision de la loi ou d'une autre cause, reste tout au plus un outil analytique servant à établir une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. La portée excessive n'a pas d'existence indépendante. Les renvois à une «théorie de la portée excessive» sont superflus.

2. The "doctrine of vagueness", the content of which will be developed shortly, is a principle of fundamental justice under s. 7 and it is also part of s. 1 *in limine* ("prescribed by law").

2. La «théorie de l'imprécision», dont je vais maintenant étudier le contenu, est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et elle est en outre un élément de l'analyse fondée sur l'article premier *in limine* (restriction prescrite par «une règle de droit»).

### 3. The Content of the "Doctrine of Vagueness"

### 3. Le contenu de la «théorie de l'imprécision»

As was said by this Court in *Osborne and Butler*, the threshold for finding a law vague is relatively high. So far discussion of the content of the notion has evolved around intelligibility.

Comme l'a dit notre Cour dans les arrêts *Osborne et Butler*, le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant. Jusqu'à maintenant, l'analyse du contenu de la notion était centrée sur l'intelligibilité.

The two rationales of fair notice to the citizen and limitation of enforcement discretion have been adopted as the theoretical foundations of the doctrine of vagueness, here (*Prostitution Reference* and *Committee for the Commonwealth of Canada*) as well as in the United States (see *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), at pp. 108-9) and in Europe, as will be seen later. These two rationales have been broadly linked with the corpus of principles of government known as the "rule of law", which lies at the core of our political and constitutional tradition.

Tant dans notre pays (voir le *Renvoi sur la prostitution* et l'arrêt *Comité pour la République du Canada*) qu'aux États-Unis (voir *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), aux pp. 108 et 109), et en Europe, comme nous le verrons plus loin, on a adopté comme fondements logiques de la théorie de l'imprécision l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Ces deux motifs ont été reliés d'une manière générale à l'ensemble de principes de gouvernement désigné comme «primauté du droit», qui forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle.

(a) *Fair Notice to the Citizen*

Fair notice to the citizen, as a guide to conduct and a contributing element to a full answer and defence, comprises two aspects.

First of all, there is the more formal aspect of notice, that is acquaintance with the actual text of a statute. In the criminal context, this concern has more or less been set aside by the common law maxim "Ignorance of the law is no excuse", embodied in s. 19 of the *Criminal Code* (see *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605). In the civil context, the maxim does not apply with equal force (see J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 122, and *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), at paras. 314 and 353). Some authors have expressed the opinion that this maxim contradicts the rule of law, and should be revised in the light of the growing quantity and complexity of penal legislation (see E. Colvin, "Criminal Law and The Rule of Law", in P. Fitzgerald, ed., *Crime, Justice & Codification* (1986), 125, at p. 151, and J. C. Jeffries, Jr., "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189, at p. 209). Since this argument was not raised in this case, I will refrain from ruling on this issue. In any event, given that, as this Court has already recognized, case law applying and interpreting a particular section is relevant in determining whether the section is vague, formal notice is not a central concern in a vagueness analysis.

As Lamer J. pointed out in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, principles of fundamental justice, such as the doctrine of vagueness, must have a substantive as well as procedural content. Indeed the idea of giving fair notice to citizens would be rather empty if the mere fact of bringing the text of the law to their attention was enough, especially when knowledge is presumed by law. There is also a substantive aspect to fair notice, which could be described as a notice, an understanding that some

a) *Avertissement raisonnable aux citoyens*

L'avertissement raisonnable aux citoyens, à titre de guide pour la conduite et d'élément d'une défense pleine et entière, comporte deux aspects.

En premier lieu, il y a l'aspect formel de l'avis, c'est-à-dire la connaissance du texte même d'une loi. En droit pénal, cet élément a plus ou moins été écarté par la maxime de common law «nul n'est censé ignorer la loi», consacrée à l'art. 19 du *Code criminel* (voir l'arrêt *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605). En droit civil, la maxime ne s'applique pas avec la même force (voir J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 122, et *Chitty on Contracts* (25<sup>e</sup> éd. 1983), aux par. 314 et 353). Certains auteurs ont émis l'avis que cette maxime contredit la primauté du droit et qu'il y a lieu de la réexaminer à la lumière de la quantité et de la complexité croissantes de la législation pénale (voir E. Colvin, «Criminal Law and The Rule of Law», dans P. Fitzgerald, dir., *Crime, Justice & Codification* (1986), 125, à la p. 151, et J. C. Jeffries, Jr., «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189, à la p. 209). Puisque cet argument n'a pas été invoqué en l'espèce, je m'abstiens de me prononcer là-dessus. De toute façon, étant donné, comme notre Cour l'a déjà reconnu, que la jurisprudence appliquant et interprétant une disposition particulière est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si elle est imprécise, l'avertissement formel n'est pas un élément principal de l'analyse relative à l'imprécision.

Comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, il faut donner aux principes de justice fondamentale, telle la théorie de l'imprécision, une acception qui vise le fond autant que la forme. En fait, l'idée de donner un avertissement raisonnable aux citoyens serait plutôt dénuée de sens s'il suffisait simplement d'attirer leur attention sur le texte de loi, surtout si la connaissance est présumée en droit. La question de l'avertissement raisonnable porte aussi sur le fond: cet avertissement peut être défini comme un avis ou la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit. Jeffries, *loc. cit.*,

conduct comes under the law. Jeffries, *supra*, calls this the "core concept of notice" (p. 211).

Let me take homicide as an example. The actual provisions of the *Criminal Code* dealing with homicide are numerous (comprising the core of ss. 222-240 and other related sections). When one completes the picture of the *Code* with case law, both substantive and constitutional, the result is a fairly intricate body of rules. Notwithstanding formal notice, it can hardly be expected of the average citizen that he know the law of homicide in detail. Yet no one would seriously argue that there is no substantive fair notice here, or that the law of homicide is vague. It can readily be seen why this is so. First of all, everyone (or sadly, should I say, almost everyone) has an inherent knowledge that taking the life of another human being is wrong. There is a deeply-rooted perception that homicide cannot be tolerated, whether one comes to this perception from a moral, religious or sociological stance. Therefore it is expected that homicide will be punished by the State. Secondly, homicide is indeed punished by the State, and homicide trials and sentences receive a great deal of publicity.

I used homicide as an example, because it lies so at the core of our criminal law and our shared values that substantive notice is easy to demonstrate. Similar demonstrations could be made, at greater length, for other legal provisions. The substantive aspect of fair notice is therefore a subjective understanding that the law touches upon some conduct, based on the substratum of values underlying the legal enactment and on the role that the legal enactment plays in the life of the society.

I do not wish to suggest that the State can only intervene through law when some non-legal basis for intervention exists. Many enactments are relatively narrow in scope and echo little of society at large; this is the case with many regulatory enactments. The weakness or the absence of substantive

emploie le terme [TRADUCTION] «concept central de l'avertissement» (p. 211).

Prenons l'exemple de l'homicide. Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide sont nombreuses (elles sont concentrées dans les art. 222 à 240 mais se trouvent aussi dans d'autres articles connexes). Quand on ajoute aux textes du *Code* la jurisprudence, tant sur les règles de fond que sur la constitutionnalité, on se retrouve avec un ensemble de règles assez complexe. En dépit de l'avis formel, on peut difficilement s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant l'homicide. Et pourtant, personne ne saurait affirmer sérieusement qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en matière d'homicide est imprécis. On peut facilement en comprendre les raisons. Premièrement, chacun (ou malheureusement, dirais-je, presque tout le monde) a une connaissance innée que de tuer un être humain est blâmable. L'homicide est fermement perçu comme intolérable, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Par conséquent, on s'attend à ce que l'homicide soit puni par l'État. Deuxièmement, l'homicide est en effet puni par l'État et les médias se font abondamment l'écho des procès pour homicide ainsi que des peines infligées.

J'ai cité l'exemple de l'homicide parce qu'il représente une infraction à ce point fondamentale dans notre droit pénal et dans le système des valeurs que nous partageons, qu'il est facile de démontrer l'existence de l'avertissement quant au fond. On pourrait en faire aussi la démonstration, plus approfondie, à l'égard d'autres dispositions législatives. Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.

Je ne veux pas dire que l'État ne peut intervenir par le moyen d'une loi que si le fondement de son intervention comporte un aspect non juridique. Bon nombre de textes de loi ont une portée assez limitée et reflètent peu la société dans son ensemble; c'est le cas de nombreux textes réglemen-

notice before the enactment can be compensated by bringing to the attention of the public the actual terms of the law, so that substantive notice will be achieved. Merit point and driving license revocation schemes are prime examples of this; through publicity and advertisement these schemes have been "digested" by society. A certain connection between the formal and substantive aspects of fair notice can be seen here.

Fair notice may not have been given when enactments are in somewhat general terms, in a way that does not readily permit citizens to be aware of their substance, when they do not relate to any element of the substratum of values held by society. It is no coincidence that these enactments are often found vague. For instance, the vagrancy ordinance invalidated by the United States Supreme Court in *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), or the compulsory identification statute struck down in *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), fall in this group.

Hence, aside from a formal aspect which is in our current system often presumed, fair notice to the citizen comprises a substantive aspect, that is an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions.

(b) *Limitation of Law Enforcement Discretion*

Lamer J. in the *Prostitution Reference* used the phrase "standardless sweep", first coined by the United States Supreme Court in *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), at p. 575, to describe the limitation of enforcement discretion rationale for the doctrine of vagueness. It has become the prime concern in American constitutional law (*Kolender*, at pp. 357-58). Indeed today it has become paramount, given the considerable expansion in the discretionary powers of enforcement agencies that

taires. La faiblesse ou l'absence de l'avertissement quant au fond avant l'adoption du texte législatif peut être compensée en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi, de sorte qu'il y aura avertissement quant au fond. Les lois portant attribution de points d'inaptitude et révocation de permis de conduire en sont d'excellents exemples; grâce à la publicité et aux avis publiés, la société a «digéré» ces lois. On peut constater dans ce cas un certain lien entre le fond et la forme de l'avertissement raisonnable.

Il se peut qu'il n'y ait pas d'avertissement raisonnable si la loi est couchée dans des termes assez généraux, de sorte qu'elle ne permet pas aux citoyens de prendre facilement connaissance de son fond, lorsqu'elle ne peut être rattachée à aucun élément du substrat de valeurs partagées par la société. Ce n'est pas par coïncidence que de telles lois sont souvent jugées imprécises. Par exemple, l'ordonnance sur le vagabondage que la Cour suprême des États-Unis a déclaré invalide dans l'arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), ou la loi portant obligation de s'identifier qui a été annulée dans l'arrêt *Kolender c. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), entrent dans cette catégorie.

Ainsi, mis à part la question de l'avis formel, lequel est souvent présumé dans notre système actuel, l'avertissement raisonnable donné aux citoyens porte aussi sur le fond, c'est-à-dire la conscience qu'une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales.

b) *Limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi*

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Lamer a employé l'expression «large place à l'arbitraire», formule lancée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Smith c. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974), à la p. 575, pour définir, à propos de la théorie de l'imprécision, la raison d'être de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. C'est devenu l'élément fondamental en droit constitutionnel américain (*Kolender*, aux pp. 357 et 358). En effet, cet élément est aujourd'hui primor-

has followed the creation of the modern welfare State.

A law must not be so devoid of precision in its content that a conviction will automatically flow from the decision to prosecute. Such is the crux of the concern for limitation of enforcement discretion. When the power to decide whether a charge will lead to conviction or acquittal, normally the preserve of the judiciary, becomes fused with the power to prosecute because of the wording of the law, then a law will be unconstitutionally vague.

For instance, the wording of the vagrancy ordinance invalidated by the United States Supreme Court in *Papachristou* and quoted at length in the *Prostitution Reference*, at pp. 1152-53, was so general and so lacked precision in its content that a conviction would ensue every time the law enforcer decided to charge someone with the offence of vagrancy. The words of the ordinance had no substance to them, and they indicated no particular legislative purpose. They left the accused completely in the dark, with no possible way of defending himself before the court.

(c) *European Court of Human Rights Case Law*

I would also note that the European Court of Human Rights (hereinafter "ECHR") has adopted the same approach to issues of vagueness, in the course of its treatment of words such as "prescribed by law", found in many limitation clauses of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (hereinafter the "Convention"), such as Articles 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) or Article 2(3) of Protocol No. 4 to the Convention, Europ. T.S. No. 46. The ECHR gave this phrase a substantive content, which went beyond a mere inquiry as to whether a law existed or not.

dial, compte tenu de l'extension considérable des pouvoirs discrétionnaires des organismes responsables de l'application de la loi qui a suivi la création, à l'ère moderne, de l'État-providence.

Une loi ne doit pas être dénuée de précision au point d'entraîner automatiquement la déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise. Voilà l'élément essentiel du souci de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi. Quand le pouvoir de décider si une inculpation donnera lieu à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement—apanage ordinaire du pouvoir judiciaire—se confond avec le pouvoir d'engager des poursuites, à cause du libellé de la loi, alors la loi est d'une imprécision inconstitutionnelle.

Par exemple, le libellé de l'ordonnance sur le vagabondage invalidée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Papachristou* et reproduite au long dans le *Renvoi sur la prostitution*, aux pp. 1152 et 1153, était tellement général et imprécis qu'il y aurait eu déclaration de culpabilité chaque fois que la personne responsable de son application aurait décidé d'inculper quelqu'un de cette infraction. Les mots employés dans l'ordonnance étaient vides de substance et n'indiquaient aucun objectif législatif particulier. Ils tenaient l'accusé complètement dans l'ignorance et absolument incapable de se défendre devant un tribunal.

c) *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*

Je ferai aussi observer que la Cour européenne des Droits de l'Homme («CEDH») a adopté le même point de vue au sujet des questions touchant l'imprécision, dans son examen des mots «prévues par la loi» que l'on trouve dans nombre de clauses de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (la «Convention»), qui énoncent des restrictions, tels les par. 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) ou le par. 2(3) du Protocole n° 4 à la Convention, S.T. Europ. n° 46. La CEDH a estimé que cette expression se rapporte au fond du texte de loi et commande que la cour aille au-delà de la simple question de savoir si une loi existe ou non.

The ECHR developed its conception of “prescribed by law” in the course of two famous cases, the *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, and the *Malone* case, judgment of 2 August 1984, Series A No. 82. In the former, the ECHR drew attention to the two aspects of fair notice, namely formal notice (“accessibility”) and substantive notice (“foreseeability”). It wrote at p. 31:

In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

In the latter, the ECHR added the limitation of enforcement discretion to the range of interests underpinning its interpretation of “prescribed by law” at p. 32:

The phrase thus implies . . . that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 [of article 8 of the Convention].

(See also the *Kruslin* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-A, at pp. 24-25, and the *Huvig* case, judgment of 24 April 1990, Series A No. 176-B, at p. 56.)

In my opinion, the case law of the ECHR is a very valuable guide on this issue, and it will be relied on further below.

La CEDH a développé sa conception du contenu des mots «prévues par la loi» dans deux affaires célèbres: l’affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1978, série A n° 30, et l’affaire *Malone*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82. Dans le premier, la CEDH a attiré l’attention sur deux aspects de l’avertissement raisonnable, savoir l’avertissement visant la forme («accessibilité») et l’avertissement concernant le fond («prévisibilité»). Elle écrit, à la p. 31:

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots «prévues par la loi». Il faut d’abord que la «loi» soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu’une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s’entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé. Elles n’ont pas besoin d’être prévisibles avec une certitude absolue: l’expérience la révèle hors d’atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s’accompagne parfois d’une rigidité excessive; or le droit doit savoir s’adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l’interprétation et l’application dépendent de la pratique.

Dans le second, la CEDH a ajouté la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi à la gamme d’intérêts sur lesquels repose son interprétation des mots «prévues par la loi» (à la p. 32):

[Le membre de phrase] implique ainsi [. . .] que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 [de l’article 8 de la Convention].

(Voir en outre l’affaire *Kruslin*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A, aux pp. 24 et 25, et l’affaire *Huvig*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B, à la p. 56.)

À mon avis, la jurisprudence de la CEDH sert de guide précieux sur cette question. Je m’appuierai de nouveau sur elle plus loin.

(d) *The Scope of Precision*

This leads me to synthesize these remarks about vagueness. The substantive notice and limitation of enforcement discretion rationales point in the same direction: an unintelligible provision gives insufficient guidance for legal debate and is therefore unconstitutionally vague.

Legal provisions by stating certain propositions outline certain permissible and impermissible areas, and they also provide some guidance to ascertain the boundaries of these areas. In his survey article "La teneur indécise du droit" (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199, P. Amselek rightly underlines the etymological and metaphorical relationship between law and geometry and writes at pp. 1200-1201:

[TRANSLATION] Legal rules are mental tools ... authoritatively introduced, given effect, by public authorities placed at the head of human communities to govern them: such rules are thought content with a specific purpose, to be used as a tool to guide conduct, thought content which determines the boundaries of possible action depending on the circumstances—for the Romans, these boundaries were the meaning of the very concept of *jus* in its earliest sense and are also reflected in our concept of "law", implying the very idea of possibility, of latitude. These boundaries impose limits on the will of those to whom they apply, serving as a support, a yardstick enabling them to remain within the area of right conduct, of rectitude, within the parameters of conduct which the concept lays down and which it then gives effect to, setting the process in motion.

These rules, as Amselek later points out, are characterized by their unresolved nature, inasmuch as they are neither objective nor complete.

Legal rules only provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. In the meanwhile, conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal

d) *La portée de la précision*

Voilà qui m'amène à faire la synthèse de ces observations touchant l'imprécision. Les raisons d'être de l'avertissement quant au fond et de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi tendent à la même conclusion: une disposition inintelligible n'est pas un guide suffisant pour un débat judiciaire et est donc d'une imprécision inconstitutionnelle.

En énonçant certaines propositions, les dispositions législatives exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, et elles donnent aussi certaines indications quant aux limites à respecter à cet égard. Offrant une vue générale de la question dans son article «La teneur indécise du droit» (1991), 107 *Rev. dr. publ.* 1199, P. Amselek met en évidence avec raison le rapport étymologique et métaphorique entre le droit et la géométrie; il écrit, aux pp. 1200 et 1201:

Les règles juridiques sont des outils mentaux [...] autoritairement mis en service, en vigueur, par les pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner: il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances—marges qu'évoquait précisément chez les Romains la notion même de «*jus*» dans son sens le plus originaire et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de «droit» qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte.

Comme Amselek le souligne plus loin, ces règles sont caractérisées par leur nature non résolue, en ce sens qu'elles ne sont ni objectives ni complètes.

Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre temps, la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un

dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances.

By setting out the boundaries of permissible and non-permissible conduct, these norms give rise to legal debate. They bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens.

Indeed no higher requirement as to certainty can be imposed on law in our modern State. Semantic arguments, based on a perception of language as an unequivocal medium, are unrealistic. Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective. The ECHR has repeatedly warned against a quest for certainty and adopted this "area of risk" approach in *Sunday Times, supra*, and especially the case of *Silver and others*, judgment of 25 March 1983, Series A No. 61, at pp. 33-34, and *Malone, supra*, at pp. 32-33.

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient

ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.

En énonçant les limites de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas, ces normes donnent lieu à un débat judiciaire. Elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis.

On ne saurait vraiment pas exiger davantage de certitude de la loi dans notre État moderne. Les arguments sémantiques, fondés sur une conception du langage en tant que moyen d'expression sans équivoque, ne sont pas réalistes. Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est. On ne peut pas soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. Mais c'est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste. La CEDH a maintes fois mis en garde contre la recherche de la certitude et adopté cette conception de la «sphère de risque» dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, et surtout dans l'affaire *Silver et autres*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61, aux pp. 33 et 34, et dans l'affaire *Malone*, précitée, aux pp. 32 et 33.

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas

indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard, going beyond semantics. The term "legal debate" is used here not to express a new standard or one departing from that previously outlined by this Court. It is rather intended to reflect and encompass the same standard and criteria of fair notice and limitation of enforcement discretion viewed in the fuller context of an analysis of the quality and limits of human knowledge and understanding in the operation of the law.

(e) *Vagueness and the Rule of Law*

The criterion of absence of legal debate relates well to the rule of law principles that form the backbone of our polity. Here one must see the rule of law in the contemporary context. Continental European studies on the "*État de droit*" or "*Rechtsstaat*" are relevant (see L. C. Blaau, "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights" (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76, at pp. 88-92, for an exposition of the historical differences between these concepts).

J.-P. Henry, "Vers la fin de l'État de droit?" (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207, gives the following definition of the "*État de droit*" at p. 1208:

[TRANSLATION] In theoretical terms, the *État de droit* is a system of organization in which all social and political relations are subject to the law. This means that relations between individuals and authority, as well as relations between individuals themselves, are part of a legal interchange involving rights and obligations.

See also J. Chevallier, "L'État de droit" (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313, at pp. 330-31, and R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), vol. 1, at pp. 488-90. At the core of the "*État de droit*", as under the rule of law, lies the proposition that the relationship of the State to the individuals is regulated by law.

intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique. Le terme «débat judiciaire» n'est pas utilisé ici pour exprimer une nouvelle norme ou pour s'écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d'avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi considérés dans le contexte plus global d'une analyse de la qualité et des limites de la connaissance et de la compréhension qu'ont les particuliers de l'application de la loi.

e) *L'imprécision et la primauté du droit*

Le critère de l'absence de débat judiciaire se rattache naturellement aux principes de la primauté du droit qui forment le pivot de notre régime. Sous ce rapport, il faut considérer la primauté du droit dans le contexte contemporain. Les études européennes sur l'«État de droit» ou «*Rechtsstaat*» sont pertinentes (pour une analyse des différences historiques entre les deux notions, voir L. C. Blaau, «The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights» (1990), 107 *S. Afr. L.J.* 76, aux pp. 88 à 92).

J.-P. Henry, «Vers la fin de l'État de droit?» (1977), 93 *Rev. dr. publ.* 1207, donne la définition suivante de l'«État de droit», à la p. 1208:

Dans une formulation théorique, l'état de droit est un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit. C'est dire qu'alors, les rapports entre individus mais aussi les rapports entre individus et pouvoirs, s'inscrivent dans un commerce juridique fait de droits et d'obligations.

Voir aussi J. Chevallier, «L'État de droit» (1988), 104 *Rev. dr. publ.* 313, aux pp. 330 et 331, et R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), vol. 1, aux pp. 488 à 490. Au cœur de l'«État de droit», comme dans l'application de la primauté du droit, se trouve la proposition que les rapports entre l'État et les individus sont régis par le droit.

One must move away from the non-interventionist attitude that surrounded the development of the doctrine of the rule of law to a more global conception of the State as an entity bound by and acting through law. The modern State intervenes in almost every field of human endeavour, and it plays a role that goes far beyond collecting taxes and policing. The State has entered fields where the positions are not so clear-cut; in the realm of social or economic policy, interests diverge, and the State does not seek to enforce a definite and limited social interest in public order, for instance, against an individual. Often the State attempts to realize a series of social objectives, some of which must be balanced against one another, and which sometimes conflict with the interests of individuals. The modern State, while still acting as an enforcer, assumes more and more of an arbitration role.

This arbitration must be done according to law, but often it reaches such a level of complexity that the corresponding enactment will be framed in relatively general terms. In my opinion the generality of these terms may entail a greater role for the judiciary, but unlike some authors (see F. Neumann, *The Rule of Law* (1986), at pp. 238-39), I fail to see a difference in kind between general provisions where the judiciary would assume part of the legislative role and "mechanical" provisions where the judiciary would simply apply the law. The judiciary always has a mediating role in the actualization of law, although the extent of this role may vary.

Indeed, as the ECHR has recognized in *Sunday Times*, *supra*, and particularly in the *Barthold* case, judgment of 25 March 1985, Series A No. 90, at p. 22, and in the case of *Müller and others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133, at p. 20, laws that are framed in general terms may be better suited to the achievement of their objectives, inasmuch as in fields governed by public policy circumstances may vary widely in time and from one

Il faut écarter l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit et privilégier une conception plus globale de l'État, considéré comme une entité soumise au droit et agissant par l'intermédiaire du droit. L'État moderne intervient dans presque tous les domaines de l'activité humaine et son rôle va bien au-delà de la levée d'impôts et du maintien de l'ordre. L'État s'est engagé dans des domaines où les fonctions ne sont pas aussi nettement définies; dans la sphère de la politique sociale ou économique, les intérêts divergent et l'État ne cherche pas à faire respecter un intérêt bien déterminé et limité de la société dans l'ordre public, par exemple, à l'encontre d'un particulier. Souvent l'État essaie de réaliser une série d'objectifs sociaux, dont certains doivent être soupesés les uns par rapport aux autres et qui parfois s'opposent aux intérêts de particuliers. Tout en agissant encore comme responsable du respect de la loi, l'État moderne assume de plus en plus le rôle d'arbitre.

Ce rôle d'arbitre doit être exercé conformément à la loi, mais il atteint souvent un tel degré de complexité que le texte de loi correspondant sera couché dans des termes relativement généraux. À mon avis, la généralité de ces termes peut entraîner un rôle plus grand pour le pouvoir judiciaire, mais contrairement à certains auteurs (voir F. Neumann, *The Rule of Law* (1986), aux pp. 238 et 239), je ne vois pas de différence de nature entre les dispositions générales en vertu desquelles le pouvoir judiciaire exercerait en partie le rôle du pouvoir législatif et les dispositions «mécaniques» à l'égard desquelles le pouvoir judiciaire appliquerait simplement la loi. Le pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier.

En effet, comme la CEDH l'a reconnu dans l'affaire *Sunday Times*, précitée, et en particulier dans l'affaire *Barthold*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, aux pp. 21 et 22, et dans l'affaire *Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133, à la p. 20, les lois qui sont conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs, en ce sens que, dans les domaines où l'intérêt public est en cause, les circonstances

case to the other. A very detailed enactment would not provide the required flexibility, and it might furthermore obscure its purposes behind a veil of detailed provisions. The modern State intervenes today in fields where some generality in the enactments is inevitable. The substance of these enactments remains nonetheless intelligible. One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself. A delicate balance must be maintained between societal interests and individual rights. A measure of generality also sometimes allows for greater respect for fundamental rights, since circumstances that would not justify the invalidation of a more precise enactment may be accommodated through the application of a more general one.

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an unpermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements. In giving unfettered discretion, it will deprive the judiciary of means of controlling the exercise of this discretion. The need to provide guidelines for the exercise of discretion was at the centre of the ECHR reasons in *Malone, supra*, at pp. 32-33, and the *Leander* case, judgment of 26 March 1987, Series A No. 116, at p. 23.

Finally, I also wish to point out that the standard I have outlined applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. The citizen is entitled to have the State abide by constitutional standards of precision whenever it enacts legal dispositions. In the criminal field, it may be thought that the terms of the

peuvent varier considérablement dans le temps et d'une affaire à l'autre. Un texte de loi très détaillé n'aurait pas la souplesse nécessaire et pourrait en outre masquer ses objectifs derrière un voile de dispositions détaillées. L'État moderne intervient de nos jours dans des domaines où une certaine généralité des textes de loi est inévitable. Mais quant au fond, ces textes restent néanmoins intelligibles. Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet. Il y a lieu d'assurer un délicat dosage des intérêts de la société et des droits de la personne. Une certaine généralité peut parfois favoriser davantage le respect des droits fondamentaux car un texte précis pourrait ne pas être invalidé dans certaines circonstances, alors qu'un texte plus général pourrait adéquatement régir ces mêmes circonstances.

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d'exercice de ce pouvoir, d'indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d'une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants. En donnant un pouvoir discrétionnaire qui laisse toute latitude, elle prive le pouvoir judiciaire de moyens de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La nécessité d'énoncer des lignes directrices concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été au centre des motifs de la CEDH dans l'affaire *Malone*, précitée, aux pp. 32 et 33, et dans l'affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116, à la p. 23.

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. En droit pénal, on peut penser

legal debate should be outlined with special care by the State. In my opinion, however, once the minimal general standard has been met, any further arguments as to the precision of the enactments should be considered at the “minimal impairment” stage of s. 1 analysis.

The doctrine of vagueness can therefore be summed up in this proposition: a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. This statement of the doctrine best conforms to the dictates of the rule of law in the modern State, and it reflects the prevailing argumentative, adversarial framework for the administration of justice.

#### B. *The Validity of Section 32(1)(c) of the Act*

The offence created by s. 32(1)(c) comprises two material elements:

1. An agreement entered into by the accused (“Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person”); and
2. An undue prevention or lessening of competition flowing from this agreement (“to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property”).

There is furthermore a mental element to this offence, which I will discuss in Part VI of these reasons.

The first element has given rise to some debate throughout the history of competition legislation in Canada, but it is not the prime concern of this appeal. The bulk of the argument before us has been on the second element of s. 32(1)(c), more precisely on the word “unduly”. Only the interveners Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al. (hereinafter “AQPP”) presented submissions on other points, and I will deal with them briefly before concentrating on the word

que l’État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire. À mon avis, cependant, si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l’étape de l’étude de l’«atteinte minimale» de l’analyse fondée sur l’article premier.

La théorie de l’imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Cet énoncé de la théorie est le plus conforme aux préceptes de la primauté du droit dans l’État moderne et il reflète l’économie actuelle du système de l’administration de la justice, qui réside dans le débat contradictoire.

#### B. *La validité de l’al. 32(1)c) de la Loi*

L’infraction créée par l’al. 32(1)c) comprend deux éléments matériels:

1. Un accord conclu par l’accusé («toute personne qui complot, se coalise, se concert, ou s’entend avec une autre»);
2. Le fait d’empêcher ou de diminuer la concurrence, résultant de cet accord («pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens»).

Cette infraction comporte aussi un élément moral, que j’analyserai dans la partie VI des présents motifs.

Le premier élément a donné lieu à un débat depuis le début de la législation sur la concurrence au Canada, mais là n’est pas l’objet principal du présent pourvoi. L’argumentation qui nous a été présentée a porté surtout sur le second élément de l’al. 32(1)c), plus précisément sur le mot «indûment». Seuls les intervenants l’Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres (ci-après l’«AQPP») ont présenté des arguments sur d’autres points, et je vais les étudier brièvement

“unduly”, that is to say, on the test for differentiating between agreements which fall under s. 32(1)(c) of the Act and others which do not.

First of all, the AQPP has argued that the range of agreements covered by s. 32(1)(c) is too wide. This submission bears more on “overbreadth” than vagueness, and it shows the dangers of too great a reliance on this concept. In order to claim that s. 32(1)(c) covers too many types of agreements, some idea as to its proper scope must be explicitly or implicitly advanced. Section 32(1)(c) must be too broad in the light of some *Charter* right, if one is to find a *Charter* violation. Setting aside the vagueness issue, the AQPP does not argue that s. 32(1)(c) imposes a grossly disproportionate punishment, jeopardizes the impartiality of the tribunal, or interferes with some other *Charter* right. The AQPP might find that the scope of the section is too broad with respect to the objectives of the State in fostering free competition. Absent a violation of the *Charter*, though, the mere fact that the State may have reached for more than its objectives might have warranted is no ground for constitutional redress. In effect, the AQPP argument rests on an implicit assumption that some agreements or some persons are entitled to escape the application of competition law, presumably because of their smallness or their innocuity. Our constitution knows of no right to be shielded from economic regulation on such grounds. Claims of overbreadth should not be used to masquerade an absence of constitutional foundation. In the instant case any excess in the scope of s. 32(1)(c) would only be the result of the alleged vagueness of the word “unduly”, and claims of overbreadth will succeed or fail accordingly.

Furthermore, the AQPP has claimed that the Act, in giving enforcement authorities, under certain circumstances, a discretion between penal and civil recourses, leaves them with too much discretion. The source of this allegedly excessive discre-

avant de me concentrer sur le terme «indûment», c'est-à-dire sur le critère selon lequel doit être établie la distinction entre les accords qui sont visés par l'al. 32(1)c) et ceux qui ne le sont pas.

Premièrement, l'AQPP a soutenu que la gamme des accords visés par l'al. 32(1)c) est trop large. Cet argument se rapporte plus à la «portée excessive» qu'à l'imprécision et il illustre les dangers auxquels on s'expose en s'appuyant trop sur cette notion. Pour affirmer que l'al. 32(1)c) vise un trop grand nombre d'accords, il faut avancer explicitement ou implicitement une idée de ce qui constituerait sa portée convenable. L'alinéa 32(1)c) doit être trop large par rapport à un droit garanti par la *Charte*, pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Mettant de côté la question de l'imprécision, l'AQPP ne soutient pas que l'al. 32(1)c) impose une peine exagérément disproportionnée, compromet l'impartialité du tribunal ou porte atteinte à un autre droit garanti par la *Charte*. L'AQPP pourrait estimer que la portée de la disposition est trop grande eu égard aux objectifs de l'État pour ce qui est de favoriser la libre concurrence. Faute de violation de la *Charte*, toutefois, le simple fait que l'État a peut-être voulu aller au-delà de ses objectifs ne saurait justifier une réparation sur le plan constitutionnel. En effet, l'argument de l'AQPP repose sur l'hypothèse implicite que certains accords ou certaines personnes peuvent être soustraits à l'application de la loi sur la concurrence, vraisemblablement en raison de leur faible importance ou de leur innocuité. Sous le régime de notre Constitution, aucun droit n'échappe à la réglementation économique pour de tels motifs. On ne saurait arguer de la portée excessive pour masquer l'absence de fondement constitutionnel. En l'espèce, toute portée excessive de l'al. 32(1)c) ne serait que le résultat de l'imprécision alléguée du mot «indûment», et la validité des arguments relatifs à la portée excessive dépend de la conclusion qui sera tirée quant à l'imprécision.

Par surcroît, l'AQPP a affirmé que la Loi qui permet, dans certaines circonstances, aux personnes responsables de son application de choisir entre des poursuites au criminel ou au civil, leur attribue un pouvoir discrétionnaire trop grand. La

tion lies in the structure of the Act and not in s. 32(1)(c) of the Act itself. This claim lies beyond the *lis* of this case, but I will nevertheless address it. The AQPP argues that the Act, because of the extent of overlap between its central provisions dealing with conspiracies, abuses of dominant position and mergers, confers on the Director of Investigation and Research an excessive discretion to choose between so-called "civil" recourses before the Competition Tribunal and criminal recourses. The AQPP further adds that s. 30(2) of the Act (now s. 34(2)) gives the Director a choice between a criminal prosecution and a prohibition order, when seeking relief before the criminal courts.

source de ce pouvoir prétendument excessif se trouve dans la structure de la Loi et non dans l'al. 32(1)c) comme tel. Cet argument ne ressortit pas au présent litige, mais je l'examinerai néanmoins. L'AQPP affirme que la Loi, en raison de l'importance du chevauchement des dispositions centrales relatives aux complots, à l'abus de position dominante et aux fusions, confère au directeur des enquêtes et recherches un pouvoir discrétionnaire excessif quant au choix de poursuites dites «civiles» devant le Tribunal de la concurrence ou de poursuites criminelles. L'AQPP ajoute que le par. 30(2) de la Loi (maintenant le par. 34(2)) donne au directeur le choix entre une poursuite criminelle et une ordonnance d'interdiction, s'il veut obtenir une réparation d'une cour criminelle.

In the first place, what the AQPP brands as an arbitrary power given to the Director does not correspond to the kind of excessive enforcement discretion leading to concerns about the vagueness of the law. It is not submitted that the law, because of its imprecision, essentially gives the Director a power to convict from the moment a prosecution is brought against a person under the Act. The choice between criminal and civil/administrative remedies is and remains the sole concern of the AQPP, and this concern does not relate to the doctrine of vagueness. The thrust of the AQPP is more akin to double jeopardy. In this respect, it must be said that, except for s. 32(1)(c), the options open to the Director do not qualify for the application of s. 11(h), following *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3. Moreover, the *Charter* does not prevent Parliament from creating offences that may overlap. The guarantees against double jeopardy found in s. 11(h) and perhaps also s. 7 of the *Charter* apply only to proceedings, not to legal enactments. Even then, it is apparent that Parliament has added ss. 32.01, 51(7) and 70 to the Act (now ss. 45.1, 79(7) and 98) precisely in order to prevent multiple proceedings against a person on the same or a similar factual basis.

Premièrement, ce que l'AQPP qualifie de pouvoir arbitraire attribué au directeur ne correspond pas au type de pouvoir discrétionnaire excessif, quant à l'application de la Loi, qui suscite des inquiétudes au sujet de l'imprécision de la Loi. Elle ne soutient pas que la Loi, à cause de son imprécision, donne essentiellement au directeur le pouvoir de déclarer une personne coupable dès que des poursuites sont engagées. Le choix entre la réparation civile/administrative ou pénale est et demeure la seule préoccupation de l'AQPP et cette préoccupation n'a aucun lien avec la théorie de l'imprécision. C'est un argument qui tient davantage du double péril. À cet égard, il faut dire que, sauf pour ce qui est de l'al. 32(1)c), les options dont peut se prévaloir le directeur ne remplissent pas les conditions d'application de l'al. 11h), suivant les arrêts *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3. De plus, la *Charte* n'empêche pas le législateur de créer des infractions qui peuvent se chevaucher. Les garanties contre le double péril, énoncées à l'al. 11h) et peut-être à l'art. 7 de la *Charte*, s'appliquent seulement aux poursuites, non aux textes de loi. Même alors, il est évident que le législateur a ajouté l'art. 32.01, le par. 51(7) et l'art. 70 à la Loi (maintenant l'art. 45.1, le par. 79(7) et l'art. 98) précisément afin d'empêcher de multiples inculpations contre la même personne fondées sur les mêmes faits ou sur des faits semblables.

The additional arguments of the AQPP therefore fail, and I will now consider the alleged vagueness of s. 32(1)(c) of the Act.

1. “Unduly” in the Decisions of this Court

This Court has already interpreted the word “unduly” on a number of occasions, namely in *Weidman v. Shragge* (1912), 46 S.C.R. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King*, [1929] S.C.R. 276; *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, *supra*; *Aetna Insurance Co. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731, and *Atlantic Sugar Refineries Co. v. Attorney General of Canada*, *supra*. I will not proceed to a lengthy survey of these decisions (this has been done in *Aetna Insurance*).

The meaning of “unduly” has usually been described by reference to various synonyms. In *Weidman*, Anglin J. adopted the string of synonyms given in *R. v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (Ont. C.A.), at p. 520 (“improper, inordinate, excessive or oppressive”). This string has been mentioned in all subsequent judgments of this Court on the issue. In *Howard Smith*, Cartwright J. sought to restate the law and introduced what was branded as the “virtual elimination of competition” criterion. Cartwright J. was in minority in that case, and furthermore a close reading of his reasons reveals that he might not have intended to depart from the existing law (see the dissenting reasons of Laskin J.A. (as he then was) in *R. v. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260 (Ont. C.A.), at p. 285). Nevertheless, given that a controversy had arisen, Parliament saw fit to add s. 32(1.1) to the Act, thus dispelling any doubt as to the state of the law. Anglin J.’s reasons in *Weidman* remain authoritative. Instead of adding to this string of synonyms, I will adopt the reasons of Clarke C.J.N.S. in the instant case at p. 157:

While the word unduly is not defined by statute and defies precise measurement, it is a word of common

Il y a donc lieu de repousser les arguments supplémentaires de l’AQPP, et j’étudierai maintenant l’imprécision alléguée de l’al. 32(1)c) de la Loi.

1. «Indûment» dans les arrêts de notre Cour

Notre Cour a déjà interprété le mot «indûment» à plusieurs reprises, savoir dans les arrêts *Weidman c. Shragge* (1912), 46 R.C.S. 1; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. c. The King*, [1929] R.C.S. 276; *Container Materials Ltd. c. The King*, [1942] R.C.S. 147; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, précité; *Aetna Insurance Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731, et *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, précité. Je ne ferai pas une longue analyse de ces arrêts (cela a été fait dans l’arrêt *Aetna Insurance*).

Le sens du terme «indûment» a d’ordinaire été précisé par divers synonymes. Dans l’arrêt *Weidman*, le juge Anglin a adopté une liste de synonymes donnés dans l’arrêt *R. c. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (C.A. Ont.), à la p. 520 ([TRADUCTION] «illégitime, immodéré, excessif ou oppressif»). Cette liste a été reprise dans tous les arrêts ultérieurs de notre Cour sur cette question. Dans l’arrêt *Howard Smith*, le juge Cartwright a tenté d’exposer l’état du droit dans de nouveaux termes et a introduit ce que l’on a appelé le critère de [TRADUCTION] «la quasi-élimination de la concurrence». Le juge Cartwright était minoritaire et il ressort d’un examen minutieux de ses motifs qu’il n’a peut-être pas voulu écarter les règles antérieures (voir les motifs de dissidence du juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) dans l’arrêt *R. c. J. J. Beamish Construction Co.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260 (C.A. Ont.), à la p. 285). Néanmoins, le législateur, étant donné la controverse, a jugé opportun d’ajouter le par. 32(1.1) à la Loi, dissipant ainsi tout doute quant à l’état du droit. Les motifs du juge Anglin dans l’arrêt *Weidman* continuent de faire autorité. Au lieu de rallonger cette liste de synonymes, j’adopte les propos du juge en chef Clarke de la Nouvelle-Écosse dans la présente espèce, à la p. 157:

[TRADUCTION] Certes, le mot indûment n’est pas défini par la loi et n’est pas susceptible de mesure pré-

usage which denotes to all of us in one way or another a sense of seriousness. Something affected unduly is not affected to a minimal degree but to a significant degree.

Clarke C.J.N.S. has touched upon the very nature of "unduly": while this word does not have a precise technical meaning, it does have a common meaning, and it expresses a notion of seriousness or significance.

Nothing more will be gained by a semantic inquiry into the meaning of "unduly". Such an inquiry is a beginning, however, not an end. The appellants and the AQPP were content with pointing out the generality of "unduly" and arguing that any other consideration pertaining to s. 32(1)(c) is a question of fact, following *Container Materials*. According to the appellants, since the determination of whether the restriction on competition was undue is a question of fact, not subject to appellate review, no conclusion can be drawn from the case law. This argument rests on a mistaken perception of the distinction between questions of fact and questions of law.

In the context of s. 32(1)(c), the process followed and the criteria used to arrive at a determination of "undueness" are questions of law and as such are reviewable by an appellate court. The application of this process and these criteria, that is the full inquiry, often involving complicated economic issues, into whether the impugned agreement was an undue restriction on competition, remains a question of fact. The general rule that appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the factual conclusions of the trial judge applies with special force in a complex matter such as here.

The legal content of s. 32(1)(c), however, is not exhausted by a search for the meaning of unduly. Section 32(1)(c) must not be taken in a vacuum. Its interpretation is conditioned, first of all, by the purposes of the Act. Furthermore, its content is enriched by the rest of the section in which it is found and by the mode of inquiry adopted by

cise, mais c'est un mot d'usage courant qui dénote aux yeux de tous d'une manière ou d'une autre un sentiment de gravité. Quelque chose qui est indûment soumis à un effet ne l'est pas à un degré minime, mais à un degré important.

Le juge en chef Clarke a abordé l'essence même du mot «indûment»: si ce terme n'a pas de sens technique précis, il a un sens ordinaire et il exprime la gravité ou l'importance.

L'analyse sémantique du mot «indûment» n'apportera rien de plus. Cette analyse constitue toutefois un début, non une fin. Les appelants et l'AQPP se sont contentés de signaler la généralité du mot «indûment» et de soutenir que toute autre considération touchant l'al. 32(1)c) était une question de fait, suivant l'arrêt *Container Materials*. D'après les appelants, puisque la question de savoir si la limitation de la concurrence était indue est une question de fait, ne donnant pas lieu à révision en appel, on ne peut tirer aucune conclusion de la jurisprudence. Cet argument repose sur une mauvaise perception de la distinction entre les questions de fait et les questions de droit.

Dans le contexte de l'al. 32(1)c), le processus suivi et les critères utilisés pour déterminer le caractère «indu» sont des questions de droit et comme telles sont susceptibles de révision par une cour d'appel. L'application de ce processus et de ces critères, c'est-à-dire l'examen complet, portant souvent sur des questions d'ordre économique compliquées, en vue de déterminer si l'accord attaqué était une limitation indue de la concurrence, reste une question de fait. La règle générale voulant que les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions de fait du juge du procès s'applique avec une force particulière dans une affaire complexe comme la présente.

L'analyse juridique du contenu de l'al. 32(1)c) ne se réduit cependant pas au sens du mot «indûment». Il ne faut pas étudier l'al. 32(1)c) dans l'absolu. Son interprétation est tributaire, avant tout, des objectifs de la Loi. De plus, son contenu est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé et par le mode d'examen retenu par les tribu-

courts as they have ruled under it. These are matters of law, pertaining to the determination of undue influence under s. 32(1)(c), and as such most relevant. I will look at each in turn.

## 2. The Act, Section 32(1)(c) and Canadian Public Policy

At the outset, it must be noted that the Act is central to Canadian public policy in the economic sector, and that s. 32 is itself one of the pillars of the Act.

The history of competition legislation in Canada dates back to 1889, with the *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade*, S.C. 1889, c. 41 (hereinafter the "1889 Act"). In fact, the 1889 Act came into force before the American *Sherman Act*, c. 647, 26 Stat. 209 (1890), codified as amended at 15 U.S.C. §§ 1-7, generally seen as the primogenitor of competition law. The 1889 Act created in s. 1 the offence of "combining for the purpose of unlawfully hindering competition", in substance the direct ancestor to s. 32(1) of the Act.

The 1889 Act was perhaps the first major foray by Parliament in the realm of economic policy. As B. Dunlop, D. McQueen and M. Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* (1987), point out at p. 42, the common law of restraint of trade was very much anchored within a private law framework, and was not concerned with broader interests in the proper functioning of the economy. The 1889 Act introduced these interests in Canadian law (see *Container Materials*, *supra*, at p. 152, per Duff C.J.).

The content of the 1889 Act was progressively enlarged, until it grew into the current Act. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, Dickson C.J. wrote for the Court at p. 676:

naux qui l'ont interprété et appliqué. Ce sont des questions de droit, qui se rapportent à la détermination du caractère indu au regard de l'al. 32(1)(c) et qui sont, comme telles, des plus pertinentes. Je vais les étudier séparément.

## 2. La Loi, l'al. 32(1)(c) et l'intérêt public au Canada

Tout d'abord, il faut noter que la Loi est un élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique et que l'art. 32 est lui-même l'un des piliers de la Loi.

La législation canadienne sur la concurrence remonte à l'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, S.C. 1889, ch. 41 (la «Loi de 1889»). En fait, la Loi de 1889 est entrée en vigueur avant la *Sherman Act* américaine, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), modifiée et codifiée au 15 U.S.C., art. 1 à 7, tenue généralement pour la source première de la loi sur la concurrence. La Loi de 1889 a créé à l'article premier l'infraction appelée «coalition dans le but de limiter la concurrence», essentiellement l'ancêtre direct du par. 32(1) de la Loi.

La Loi de 1889 a peut-être été la première incursion importante du législateur dans le domaine de la politique économique. Comme B. Dunlop, D. McQueen et M. Trebilcock le soulignent dans *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis* (1987), à la p. 42, les règles de common law en matière de restriction du commerce étaient bien ancrées dans la tradition du droit privé et ne touchaient pas les intérêts plus larges que met en jeu le bon fonctionnement de l'économie. La Loi de 1889 a introduit ces intérêts en droit canadien (voir l'arrêt *Container Materials*, précité, à la p. 152 (le juge en chef Duff)).

Le contenu de la Loi de 1889 a été progressivement élargi, pour finalement prendre la forme de la loi actuelle. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge en chef Dickson écrit, au nom de la Cour, à la p. 676:

From this overview of the *Combinés Investigation Act* I have no difficulty in concluding that the Act as a whole embodies a complex scheme of economic regulation. The purpose of the Act is to eliminate activities that reduce competition in the market-place. The entire Act is geared to achieving this objective. The Act identifies and defines anti-competitive conduct. It establishes an investigatory mechanism for revealing prohibited activities and provides an extensive range of criminal and administrative redress against companies engaging in behaviour that tends to reduce competition.

The Act can thus be seen as a central and established feature of Canadian economic policy.

Section 32(1)(c) of the Act moreover is its oldest provision. Even today, it remains at the core of the criminal part of the Act. The prohibition of conspiracies in restraint of trade is the epitome of competition law, finding its place in every competition law, from §1 of the *Sherman Act* to Article 85 of the *Treaty establishing the European Economic Community* (hereinafter "*Treaty of Rome*"). Section 32(1)(c) of the Act is not just another regulatory provision. It definitely rests on a substratum of values, a finding which must be kept in mind in the course of the vagueness analysis.

This Court has made numerous remarks on the public policy interests underlying s. 32(1)(c) of the Act. These remarks, found in *Weidman, Stinson-Reed, Container Materials*, and *Aetna Insurance, supra*, are perhaps best summarized in this passage from the majority judgment in *Howard Smith, supra*, at p. 411:

The statute proceeds upon the footing that the preventing or lessening of competition is in itself an injury to the public. It is not concerned with public injury or public benefit from any other standpoint.

Considerations such as private gains by the parties to the agreement or counterbalancing efficiency gains by the public lie therefore outside of the

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et définit les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence.

La Loi peut donc être qualifiée d'instrument central et établi de la politique économique du Canada.

L'alinéa 32(1)c) de la Loi en est de plus la disposition la plus ancienne. Même aujourd'hui, il reste au cœur de la partie pénale de la Loi. L'interdiction des complots visant à restreindre le commerce représente la quintessence de la législation sur la concurrence et elle a sa place dans toute loi sur la concurrence, du premier article de la *Sherman Act* à l'article 85 du *Traité instituant la Communauté économique européenne* (ci-après le «*Traité de Rome*»). L'alinéa 32(1)c) n'est pas seulement une autre disposition réglementaire. Il repose sans aucun doute sur un substrat de valeurs, conclusion qu'il ne faut pas oublier quand on analyse la question de l'imprécision.

Notre Cour a fait de nombreuses observations sur les considérations d'intérêt public que met en cause l'al. 32(1)c) de la Loi. Ces observations, on les trouve dans les arrêts *Weidman, Stinson-Reed, Container Materials* et *Aetna Insurance*, précités, mais c'est peut-être dans le passage qui suit du jugement de la majorité dans l'arrêt *Howard Smith*, précité, qu'elles sont le mieux résumées, à la p. 411:

[TRADUCTION] La loi est établie sur le principe que le fait d'empêcher ou de diminuer la concurrence porte en soi préjudice au public. C'est uniquement de ce point de vue qu'elle s'intéresse au préjudice porté au public ou à l'avantage tiré par le public.

Les facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties à l'accord ou les gains d'efficacité avantageux pour le public n'entrent donc pas en jeu

inquiry under s. 32(1)(c). Competition is presumed by the Act to be in the public benefit. The only issue is whether the agreement impairs competition to the extent that it will attract liability.

The peculiar nature of the inquiry under s. 32(1)(c) of the Act becomes apparent when it is compared with § 1 of the *Sherman Act*. Since the inception of the *Sherman Act*, American antitrust law has developed the two paradigms of adjudication known as the “*per se* rule” and the “rule of reason”. The former attaches consequences to precisely-defined acts, irrespective of surrounding circumstances, whereas the latter is more general and invites in-depth inquiry into the details of the operation. The distinction between the two is not airtight, as leading authors have shown (see 7 P. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511 (1987 & Supp. 1990)).

Section 32(1)(c) of the Act lies somewhere on the continuum between a *per se* rule and a rule of reason. It does allow for discussion of the anti-competitive effects of the agreement, unlike a *per se* rule, which might dictate that all agreements that lessen competition attract liability. On the other hand, it does not permit a full-blown discussion of the economic advantages and disadvantages of the agreement, like a rule of reason would. Since “unduly” in s. 32(1)(c) leads to a discussion of the seriousness of the competitive effects, but not of all relevant economic matters, one may say that this section creates a partial rule of reason.

The public policy objectives of s. 32(1)(c) of the Act already offer a clear idea of what is meant by “unduly” lessening competition, and what kind of inquiry is mandated. In fact, s. 32(1)(c) embodies a general standard, much like art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* or s. 219 of the *Criminal Code*, for that matter. It represents an intelligible principle, one that carries meaning and that has conceptual force. In all its generality, however, it cannot readily be applied to a factual situation to yield an answer. Few legal norms are so.

dans l'examen fondé sur l'al. 32(1)c). La Loi présume qu'il y va de l'intérêt général de préserver la concurrence. La seule question est de savoir si l'accord nuit à la concurrence au point d'engager la responsabilité.

La nature particulière de l'examen exigé par l'al. 32(1)c) de la Loi devient manifeste lorsqu'on le rapproche de l'art. 1 de la *Sherman Act*. Depuis l'adoption de cette loi, la législation antitrust américaine a retenu deux paradigmes relatifs aux décisions judiciaires: la «règle *per se*» et la «règle de la raison». Suivant la première, des conséquences découlent d'actes définis avec précision, peu importe les circonstances, tandis que la seconde est plus générale et commande un examen plus approfondi des détails de l'opération. La distinction entre les deux n'est pas étanche, comme l'ont montré des auteurs éminents (voir 7 P. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511 (1987 et suppl. 1990)).

L'alinéa 32(1)c) de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l'examen des effets de l'accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison. Comme le terme «indûment» employé à l'al. 32(1)c) nous amène à examiner la gravité des effets sur la concurrence, mais non tous les éléments économiques pertinents, on pourrait dire que cette disposition crée en partie une règle de la raison.

Dans l'optique de la politique d'intérêt public, les objectifs de l'al. 32(1)c) de la Loi offrent déjà une idée claire de ce que signifie réduire «indûment» la concurrence et du type d'examen qu'il commande. En fait, l'al. 32(1)c) énonce une norme générale, à l'instar de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* ou d'ailleurs de l'art. 219 du *Code criminel*. Il représente un principe intelligible, qui a un sens et une acception signifiante. Dans toute sa généralité, toutefois, il ne peut pas s'appliquer facilement à une situation de fait pour apporter une réponse. Peu de normes juridiques s'y prêtent.

The accused may actually be favoured by having a clear statement of principle, inasmuch as it contains the "spirit" as well as the letter of the law. Even when considered without the rest of the Act and case law, I would be inclined to say that s. 32(1)(c) of the Act is sufficiently precise to meet the constitutional standard. It outlines an area of risk, agreements that lessen or prevent competition, and imposes some boundaries on enforcement discretion, inasmuch as courts will scrutinize the impact of the agreement on competition to see if it runs against our public policy of free competition.

### 3. The Content of the Inquiry under Section 32(1)(c) of the Act

In addition, s. 32(1)(c) is made even more precise when one considers the content of the inquiry it mandates.

Since the few cases that have been considered by this Court always involved agreements where the effects on competition were easily ascertainable, this Court has never had the opportunity to consider the process whereby the undueness of the restriction on competition is assessed. In the context of this *Charter* inquiry into the alleged vagueness of s. 32(1)(c) of the Act, a survey of the rest of the section, together with lower court decisions and doctrinal writings, will show that adjudication under s. 32(1)(c) follows a definite process that eliminates any vagueness that might remain.

First of all, there are two major elements to this inquiry, that is (1) the structure of the market and (2) the behaviour of the parties to the agreement. As a preliminary step, definition of the relevant market is required. Many decisions have explicitly adopted this approach (*R. v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275, at p. 303; *J. J. Beamish*, *supra*, at pp. 271 and 273; *R. v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53, at p. 68; *R. v. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349 (Ont. C.A.), at pp. 375-76, and *R. v. Canadian General*

En réalité, un énoncé clair d'un principe peut jouer en faveur de l'accusé en ce sens qu'il contient l'«esprit» aussi bien que la lettre de la loi. Même sans l'examiner à la lumière du reste de la Loi et de la jurisprudence, je serais enclin à dire que l'al. 32(1)c) est assez précis pour satisfaire à la norme constitutionnelle. Il trace les limites d'une sphère de risque, soit les accords qui réduisent ou empêchent la concurrence, et impose certaines limites au pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi, dans la mesure où les tribunaux analyseront les répercussions de l'accord sur la concurrence pour voir s'il bat en brèche l'intérêt public dans la libre concurrence.

### 3. L'objet de l'examen exigé par l'al. 32(1)c) de la Loi

En outre, l'al. 32(1)c) devient encore plus précis quand on considère ce sur quoi porte l'examen qu'il exige.

Comme les rares affaires que notre Cour a étudiées concernaient toujours des accords dont les effets sur la concurrence étaient faciles à vérifier, elle n'a jamais eu l'occasion d'étudier le processus d'évaluation du caractère indu de la restriction de la concurrence. Dans le contexte du présent examen, fondé sur la *Charte*, de l'imprécision alléguée de l'al. 32(1)c) de la Loi, l'analyse du reste de la disposition, ainsi que de la jurisprudence des tribunaux d'instance inférieure et de la doctrine, montrera que les décisions judiciaires relatives à l'al. 32(1)c) suivent un processus bien déterminé qui élimine toute imprécision qui pourrait subsister.

Tout d'abord, cet examen comporte deux éléments principaux, c'est-à-dire premièrement, la structure du marché et deuxièmement, le comportement des parties à l'accord. À titre préliminaire, il faut définir le marché pertinent. Cette démarche a été adoptée dans de nombreux arrêts: *R. c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275, à la p. 303; *J. J. Beamish*, précité, aux pp. 271 et 273; *R. c. Canadian Coat and Apron Supply Ltd.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 53, à la p. 68; *R. c. Anthes Business Forms Ltd.* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349 (C.A. Ont.), aux pp. 375 et 376, et *R. c. Canadian*

*Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489 (Ont. H.C.), at p. 500).

I will not venture into the intricacies of outlining the relevant market, other than to repeat that it comprises both geographical and product or service aspects, as was stated in *J. W. Mills*, at p. 303. Definition of the relevant market is a fairly circumscribed process, even though it may require considerable inquiry (see *R. v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233 (Ont. H.C.)).

The structure-behaviour framework of analysis remains merely a convenient way of approaching conspiracy problems, and it should not be seen as a rite of passage. Indeed to a certain extent the determination of whether an agreement unduly restricts competition involves an examination not only of market structure and firm behaviour separately, but also of the relationship between them, as Gibson J. remarked in *J. W. Mills*, at p. 309.

#### (a) *Market Structure*

The appellants and the AQPP have devoted a substantial part of their argument to a demonstration that no clear market-share guideline can be found in the cases. They have brought to the attention of this Court two works, W. T. Stanbury, *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform* (1989), cited with approval in *Association québécoise des pharmaciens propriétaires v. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205 (Sup. Ct.), and Stanbury and G. B. Reschenthaler, "Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, where the authors express doubts about the possibility of discerning a market-share threshold for liability in conspiracy cases. Indeed market share as such cannot suffice to conclude on the structure of the market, and s. 32(1)(c) would lose some of its effectiveness and would stray from its objectives if it

*General Electric Co.* (1976), 34 C.C.C. (2d) 489 (H.C. Ont.), à la p. 500.

Je ne me risquerai pas à dépeindre les complexités de la détermination du marché pertinent, sauf pour répéter que celui-ci s'entend autant du territoire que du produit ou du service, comme on l'a dit dans l'arrêt *J. W. Mills*, à la p. 303. La définition du marché pertinent est un processus assez bien circonscrit, encore qu'elle puisse exiger une longue analyse (voir l'affaire *R. c. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (1984), 3 C.P.R. (3d) 233 (H.C. Ont.)).

Le schème d'analyse axé sur la structure et le comportement ne reste qu'une méthode pratique d'examen des problèmes que posent les complots et il ne saurait être assimilé à un rite de passage. En effet, dans une certaine mesure, la décision sur la question de savoir si un accord restreint indûment la concurrence suppose l'examen non seulement de la structure du marché et du comportement de l'entreprise pris séparément, mais encore des rapports entre ces éléments, comme l'a fait observer le juge Gibson dans l'arrêt *J. W. Mills*, à la p. 309.

#### a) *La structure du marché*

Les appellants et l'AQPP ont consacré une partie importante de leur argumentation à la proposition que la jurisprudence n'énonce aucune ligne directrice claire quant à la part du marché. Ils ont attiré l'attention de notre Cour sur deux ouvrages: W. T. Stanbury, *Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform* (1989), cité et approuvé dans l'affaire *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 205 (C.S.), et Stanbury et G. B. Reschenthaler, «Reforming Canadian Competition Policy: Once More unto the Breach» (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, où les auteurs doutent de la possibilité de discerner dans les affaires de complot, relativement à la part de marché, un seuil au-delà duquel la responsabilité serait engagée. En effet, la part du marché en soi ne suffit pas pour en arriver à une conclusion à propos de la structure du marché et l'al. 32(1)c)

incorporated a market-share threshold. Market share alone is not determinative, as was rightly pointed out in *Canadian General Electric*, at p. 501.

The aim of the market structure inquiry is to ascertain the degree of market power of the parties to the agreement, as was said in *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.*, at p. 64. In this respect, many factors other than market share are relevant. Some were listed in *J. W. Mills*, at pp. 307-8: (1) the number of competitors and the concentration of competition, (2) barriers to entry, (3) geographical distribution of buyers and sellers, (4) differences in the degree of integration among competitors, (5) product differentiation, (6) countervailing power and (7) cross-elasticity of demand (see also *Canadian General Electric*, *supra*). This list is not limitative: for instance, I note that in its *1984 Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823, the United States Department of Justice, Antitrust Division, proposed the ability to raise prices on a given product by five percent over a year without losses as the yardstick for market power. This approach may or may not be appropriate in the context of s. 32(1)(c) of the Act.

Market power is the ability to behave relatively independently of the market. This is precisely what s. 32(1)(c) of the Act seeks to prevent. As this Court has always held in its previous judgments, the aim of the Act is to secure for the Canadian public the benefit of free competition. Excessive market power runs against the objectives of the Act. When it occurs in the context of a conspiracy to restrict competition, s. 32(1)(c) will apply. It can be presumed that Parliament did not wish s. 32(1)(c) to apply in the absence of market power. Absent such power, agreements to restrict competition would either benefit the public by allowing small firms to consolidate their position and be more competitive, or dissolve under com-

perdrait une partie de son efficacité et s'écarterait de ses objectifs si un seuil y était incorporé quant à la part du marché. En soi, la part du marché n'est pas déterminante, comme on l'a souligné avec raison dans l'affaire *Canadian General Electric*, à la p. 501.

Le but de l'examen de la structure du marché est de vérifier le degré de puissance commerciale des parties, comme on l'a dit dans l'affaire *Canadian Coat & Apron Supply Ltd.*, à la p. 64. À cet égard, nombre de facteurs autres que la part du marché sont pertinents. Certains ont été énumérés dans l'arrêt *J. W. Mills*, aux pp. 307 et 308: (1) le nombre de concurrents et la concentration de la concurrence; (2) les obstacles à l'entrée; (3) la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs; (4) les différences dans les degrés d'intégration des concurrents; (5) la différenciation des produits; (6) le pouvoir compensatoire et (7) l'élasticité croisée de la demande (voir aussi l'affaire *Canadian General Electric*, précitée). Cette liste n'est pas exhaustive: par exemple, je note que dans ses *1984 Merger Guidelines*, 49 Fed. Reg. 26823, le département de la Justice des États-Unis, Division antitrust, propose que la capacité de hausser les prix d'un produit donné de cinq pour cent en un an sans perte soit la mesure de la puissance commerciale. Cette méthode peut convenir ou pas dans le contexte de l'al. 32(1)(c) de la Loi.

La puissance commerciale est la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché. C'est ce que l'al. 32(1)(c) de la Loi vise précisément à empêcher. Comme notre Cour l'a toujours déclaré dans ses arrêts, le but de la Loi est de faire en sorte que le public canadien bénéficie de la libre concurrence. La puissance commerciale excessive va à l'encontre des objectifs de la Loi. Si elle se manifeste par un complot en vue de restreindre la concurrence, l'al. 32(1)(c) sera applicable. On peut présumer que le législateur n'a pas voulu que l'al. 32(1)(c) s'applique en l'absence de puissance commerciale. Faute de puissance commerciale, les accords tendant à restreindre la concurrence soit favoriseraient le public, en permettant aux petites entreprises de renforcer leur position et d'être plus concurrentielles, soit seraient dissous par suite des

petitive pressures (see Dunlop et al., *supra*, at p. 114).

The level of market power necessary to trigger the application of s. 32(1)(c) is not necessarily the same as for other sections of the Act. For instance, s. 51 of the Act (now s. 79), prohibiting abuses of dominant position, contemplates at subs. (1)(a) that the holders of the dominant position "substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business". The required degree of market power under s. 51 of the Act comprises "control", and not simply the ability to behave independently of the market.

The application of s. 32(1)(c) of the Act does not presuppose such a degree of market power, as s. 32(1.1) clearly enunciates. Parties to the agreement need not have the capacity to influence the market. What is more relevant is the capacity to behave independently of the market, in a passive way. A moderate amount of market power is required to achieve this (see *R. v. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (Que. Q.B. (Crown side)), at pp. 249-52).

I note that the competition law of both the United States and the European Communities comprises an analogous requirement of minimal market power in cases of agreements to restrain competition.

In the United States, the nature of the impugned restraints will determine whether they are assessed according to a *per se* rule or a rule of reason. This operation has diverted much attention away from the substance of § 1 of the *Sherman Act* and, to correct this, the Supreme Court has to a certain extent blurred the distinction between the two approaches in *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984). There the United States Supreme Court held that naked restrictions on price and output did not require a finding of market power, for their unreasonableness could be presumed (at pp. 100-101, 109-10). The possibility of *per se* rules allows for a

pressions de la concurrence (voir Dunlop et autres, *op. cit.*, à la p. 114).

Le niveau de puissance commerciale requis pour que l'al. 32(1)c) soit applicable n'est pas nécessairement le même que dans le cas d'autres articles de la Loi. Par exemple, à l'art. 51 de la Loi (maintenant l'art. 79), qui interdit l'abus de position dominante, il est question, à l'al. (1)a), de personnes qui ont une position dominante et qui «contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions». Le degré requis de puissance commerciale au sens de l'art. 51 de la Loi comprend le «contrôle» et non simplement la capacité d'agir indépendamment du marché.

L'applicabilité de l'al. 32(1)c) de la Loi ne présume pas un tel degré de puissance commerciale, comme l'énonce clairement le par. 32(1.1). Les parties à l'accord ne doivent pas nécessairement avoir la capacité d'influer sur le marché. Ce qui est plus pertinent, c'est la capacité d'agir indépendamment du marché, d'une manière passive. Il suffit d'un niveau modéré de puissance commerciale pour y parvenir (voir l'affaire *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué. (juridiction criminelle)), aux pp. 249 à 252).

Je remarque que la loi sur la concurrence des États-Unis et celle des Communautés européennes contiennent une exigence semblable de puissance commerciale minimale dans les cas d'accords visant à restreindre la concurrence.

Aux États-Unis, la nature des restrictions contestées détermine s'il y a lieu de les évaluer selon la règle *per se* ou selon la règle de la raison. Ce procédé d'analyse a grandement détourné l'attention de l'essentiel de l'art. 1 de la *Sherman Act* et, pour y remédier, la Cour suprême a dans une certaine mesure estompé la distinction entre les deux approches dans l'arrêt *NCAA c. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984). La Cour suprême des États-Unis y a décidé que des restrictions non désignées des prix et de la production n'exigeaient pas que le tribunal conclue à l'exercice de la puissance commerciale, car leur caractère abusif pouvait être présumé (aux pp. 100,

presumption of unreasonableness (Canadian law does not offer this possibility, since the word "undue" appears at s. 32(1)(c) of the Act), but otherwise some showing of market power is necessary to evidence a genuine adverse effect on competition (See *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), at pp. 460-61, and Areeda, *supra*, at ¶1503, pp. 376-77).

In the European Communities, the Commission has given the *Notice of 3 September 1986 on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community*, O.J.E.C., 12 September 1986, No. C 231/02, and in addition the Court of Justice of the European Communities has long recognized that agreements which do not significantly affect the common market fall outside of the scope of Article 85 of the *Treaty of Rome* (*Völk v. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Case 5/69, [1969] E.C.R. 295, and *S.A. Cadillon v. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Case 1/71, [1971] E.C.R. 351).

#### (b) Behaviour

The second part of the framework found in case law involves an examination of the behaviour of firms. In both *R. v. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (Alta. S.C.), at p. 303, and *Canadian General Electric, supra*, at pp. 531-32, the court considered which facet of competition was affected by the agreement (price, quality, service or other) and whether it was the prime concern of the buying public. The object of the agreement is without doubt the most important behavioural element in the inquiry, but others may be relevant, such as the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry (see *J. W. Mills, supra*, at p. 309).

101, 109 et 110). La possibilité de règles *per se* autorise la présomption du caractère abusif (en droit canadien, cette possibilité n'existe pas, puisque le mot «indû» est employé à l'al. 32(1)c de la Loi), mais il est par ailleurs nécessaire de démontrer une certaine puissance commerciale pour prouver qu'il y a vraiment un effet néfaste sur la concurrence (voir l'arrêt *Federal Trade Commission c. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), aux pp. 460 et 461, et Areeda, *op. cit.*, ¶ 1503, aux pp. 376 et 377).

Dans les Communautés européennes, la Commission a donné la *Communication de la Commission, du 3 septembre 1986, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne*, J.O.C.E., 12 septembre 1986, n° C 231/02 et, en outre, la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît depuis longtemps que les accords qui n'ont pas d'incidence importante sur le marché commun sont hors d'atteinte de l'article 85 du *Traité de Rome* (arrêts *Völk c. Établissements J. Vervaecke S.p.r.l.*, Affaire 5/69, [1969] C.J.C.E. Rec. 295, et *S.A. Cadillon c. Firma Höss Maschinenbau K.G.*, Affaire 1/71, [1971] C.J.C.E. Rec. 351).

#### b) Le comportement

La seconde partie du cadre d'analyse retenu dans la jurisprudence implique l'examen du comportement des entreprises. Dans les affaires *R. c. McGavin Bakeries Ltd. (No. 6)* (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 289 (C.S. Alb.), à la p. 303, et *Canadian General Electric*, précitée, aux pp. 531 et 532, le tribunal a examiné quelle facette de la concurrence était touchée par l'accord (prix, qualité, service ou autre) et la question de savoir si c'était là le principal souci du public acheteur. Dans l'examen, l'objet de l'accord est sans contredit l'élément relatif au comportement qui est le plus important, mais d'autres peuvent être pertinents, tels la manière dont l'accord a été ou sera exécuté et, en général, tout comportement qui tend à réduire la concurrence ou à limiter l'entrée (voir l'affaire *J. W. Mills*, précitée, à la p. 309).

The aim of the inquiry is the likely effect of the agreement. I can only quote from *R. v. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.), at p. 469:

In considering whether the agreement or conspiracy comes within the statute, one does not judge the unlawfulness by what was done pursuant to the agreement (although this may be evidence of the agreement) but . . . one examines the nature and scope of the agreement as proved and decides whether that agreement, if carried into effect, would prejudice the public interest in free competition to a degree that in fact would be undue.

See also *Aetna Insurance, supra*, at p. 747. The agreement must be or must have been likely to injure competition, irrespective of any actual effect it may have had (although evidence of the effects offers good guidance as to the likely effects of the agreement). Some agreements do not constitute behaviour likely to injure competition, while others are highly injurious.

The Act itself gives some guidance as to which behaviour may or may not be injurious to competition. Section 32(2) contains a list of permissible fields, lying outside the scope of s. 32(1)(c). Section 32(3) lists impermissible fields, to which s. 32(1)(c) will apply even if the agreement relates to one of the fields enumerated in s. 32(2). These lists bear some conceptual resemblance to the elaborate system of "black", "white" and "grey" clauses found in the regulations of the EC Commission exempting broad categories of agreements from Article 85 of the *Treaty of Rome* (see for instance *Commission Regulation (EEC) No. 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements*, O.J.E.C., 30 June 1983, No. L 173/1, at arts. 1, 2). Given the relative smallness of the Canadian market when compared with the European Community, though, one cannot expect Canadian legislation to provide as much detail as EC regulations. Section 32(6) adds an exception for agreements on standards

L'examen vise à déterminer l'effet probable de l'accord. Je ne peux que citer un passage de l'arrêt *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (H.C. Ont.), à la p. 469:

[TRADUCTION] Quand il s'agit de décider si l'accord ou le complot tombe sous le coup de la loi, on ne juge pas de son illégalité par rapport à ce qui a été accompli en exécution de l'accord (quoique cela puisse servir à prouver l'accord), mais [...] on examine la nature et la portée de l'accord tel que prouvé et on détermine si cet accord, s'il était exécuté, porterait préjudice à l'intérêt public à l'égard de la libre concurrence, à tel point que le préjudice serait en fait indu.

Voir aussi l'arrêt *Aetna Insurance*, précité, à la p. 747. L'accord doit être, ou avoir été, susceptible de compromettre la concurrence, peu importe l'effet qu'il a réellement eu (bien que la preuve des effets qu'il a eus soit une bonne indication des effets qu'il était susceptible d'avoir). Certains accords ne constituent pas un comportement susceptible de nuire à la concurrence, tandis que d'autres sont fort préjudiciables.

La Loi elle-même donne quelques indications sur le type de comportement qui peut vraisemblablement être nuisible pour la concurrence. Le paragraphe 32(2) contient une liste d'actes acceptables qui ne tombent pas sous le coup de l'al. 32(1)c). Le paragraphe 32(3) énumère des sujets inacceptables, auxquels l'al. 32(1)c) est applicable même si l'accord se rattache à l'un des actes énumérés au par. 32(2). Ces listes présentent une certaine analogie avec le système complexe de dispositions «noires», «blanches» et «grises» énoncées dans le règlement de la Commission de la Communauté européenne exemptant de vastes catégories d'accords de l'application de l'article 85 du *Traité de Rome* (voir, par exemple, le *Règlement (CEE) N° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive*, J.O.C.E., 30 juin 1983, n° L 173/1, art. 1 et 2). Étant donné la taille relativement réduite du marché canadien, par comparaison à celui de la Communauté européenne, cependant, on ne peut pas s'attendre à ce que la législation canadienne soit aussi détaillée que la réglementation européenne. Le paragraphe 32(6) ajoute une exception

of competence and integrity in the field of services.

Section 32(1)(c) therefore requires, in addition to some market power, some behaviour likely to injure competition. It is the combination of the two that makes a lessening of competition undue. Many combinations are possible. For one, market power may come from the agreement. The agreement could either have an "internal" effect, in consolidating the market power of the parties (as is the case with price-fixing) or have an "external" effect, in weakening competition and thus increasing the market power of the parties (as is the case with market-sharing). Market power may also exist independently of the agreement, in which case any anti-competitive effect of the agreement will be suspicious. A particularly injurious behaviour may also trigger liability even if market power is not so considerable. These are only examples of possible combinations of market power and behaviour likely to injure competition that will be "undue" under s. 32(1)(c) of the Act.

In summary, I find that s. 32(1)(c) of the Act and its companion interpretative provision s. 32(1.1) do not violate s. 7 of the *Charter* on grounds of vagueness. The word "unduly" as such carries a connotation of seriousness. Considering further that s. 32(1)(c) of the Act is one of the oldest and most important parts of Canadian public policy in the economic field, and that it mandates a partial rule of reason inquiry into the seriousness of the competitive effects of the agreement, Parliament has sufficiently delineated the area of risk and the terms of debate to meet the constitutional standard. Moreover, the rest of the Act and the case law have outlined a process of examination of market structure and behaviour under s. 32(1)(c) of the Act, thus making it even more precise. I note that the ECHR has also found a comparable com-

dans le cas des accords portant sur des critères de compétence et d'intégrité dans le domaine des services.

<sup>a</sup> L'alinéa 32(1)c) exige donc, outre une certaine puissance commerciale, un quelconque comportement susceptible de nuire à la concurrence. C'est la combinaison des deux qui fait que la réduction de la concurrence est indue. Nombre de combinaisons sont possibles. Par exemple, la puissance commerciale peut découler de l'accord. Celui-ci peut soit avoir un effet «interne», par le renforcement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas de la fixation des prix), soit avoir un effet «externe», par la limitation de la concurrence et, par le fait même, l'accroissement de la puissance commerciale des parties (comme dans le cas du partage du marché). La puissance commerciale peut aussi exister indépendamment de l'accord, et alors tout effet de l'accord néfaste à la concurrence sera suspect. Un comportement particulièrement préjudiciable peut également engager la responsabilité, même si la puissance commerciale n'est pas si considérable. Ce ne sont là que des exemples de combinaisons possibles de puissance commerciale et de comportement susceptibles de nuire à la concurrence, qui seront <sup>f</sup> «indues» sous le régime de l'al. 32(1)c) de la Loi.

En résumé, je conclus que l'al. 32(1)c) de la Loi et sa disposition interprétative, le par. 32(1.1), ne violent pas l'art. 7 de la *Charte* pour des motifs d'imprécision. Le terme «indûment» comme tel connote la gravité. Vu en outre que l'al. 32(1)c) de la Loi est l'un des plus anciens et des plus importants éléments de la politique canadienne dans le domaine économique et qu'il commande l'application partielle de la règle de la raison dans l'examen de la gravité des effets de l'accord sur la concurrence, le législateur a suffisamment délimité la sphère de risque et les termes du débat pour satisfaire à la norme constitutionnelle. Au surplus, le reste de la Loi et la jurisprudence ont tracé les grandes lignes du processus d'examen que requiert l'al. 32(1)c) de la Loi, en ce qui a trait à la structure du marché et au comportement, rendant ainsi le texte encore plus précis. Je ferai observer que la CEDH, dans l'affaire *Barthold*, précitée, a égale-

petition statute to be "prescribed by law" in *Barthold, supra*.

This holding is also dispositive of the further argument of the appellants on the alleged unconstitutionality of the indictment with respect to s. 11(a) of the *Charter*.

VI. The Mental Element of Section 32(1)(c) of the Act and Section 7 of the Charter

It may be helpful to set out once again the relevant provisions of the Act. Section 32(1) provides:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(c) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

The Act was amended in 1976 by the addition of s. 32(1.1) which reads:

(1.1) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in violation of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

ment estimé qu'une disposition législative comparable sur la concurrence satisfait au critère «prévus par la loi».

<sup>a</sup> Cette conclusion répond aussi à l'argument des appelants relatif à l'inconstitutionnalité alléguée de l'acte d'accusation, qui repose sur l'al. 11a) de la *Charte*.

<sup>b</sup> VI. L'élément moral de l'al. 32(1)c) de la Loi et l'art. 7 de la Charte

<sup>c</sup> Il peut être utile d'énoncer de nouveau les dispositions pertinentes de la Loi. Voici le texte du par. 32(1):

<sup>d</sup> 32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concertent ou s'entend avec une autre

<sup>e</sup> c) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entrepôt, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

<sup>g</sup> La Loi a été modifiée en 1976 par l'adjonction du par. 32(1.1), dont voici le texte:

<sup>h</sup> (1.1) Pour plus de certitude, il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement, s'ils étaient exécutés, élimineraient ou seraient susceptibles d'éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel ils se rapportent, ni que les participants ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché.

In 1986, further amendments to the Act (renamed the *Competition Act*) were adopted, including s. 32(1.3):

(1.3) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

How then should those sections be interpreted in light of s. 7 of the *Charter*? The reasons of this Court in *R. v. Vaillancourt, supra*, at p. 652, make it clear that the requirement of a mental element, sometimes referred to as an element of fault, has now been raised from an interpretative presumption to a constitutional guaranty. This reasoning was based upon the principle that the morally innocent should not be punished. An element of fault must exist before punishment can be justified.

From the reasons of this Court in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, it can be seen that a minimum fault requirement with respect to every criminal or regulatory offence satisfies the requirements of s. 7. That same case indicates, at p. 238:

That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence.

... *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state.

The sections of the Act set out above require the proof of two fault elements: one subjective, the other objective.

To satisfy the subjective element, the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the

En 1986, d'autres modifications ont été apportées à la Loi (devenue la *Loi sur la concurrence*), notamment le par. 32(1.3):

(1.3) Il est précisé, pour plus de sûreté, qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement contrevient au paragraphe (1), de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêts, cet accord ou à cet arrangement et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement ait l'un des effets visés au paragraphe (1).

Comment ces dispositions devraient-elles être interprétées compte tenu de l'art. 7 de la *Charte*? Les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, à la p. 652, démontrent clairement que l'élément moral, parfois appelé élément de faute, d'une exigence présumée par interprétation qu'il était, est devenu l'objet d'une garantie constitutionnelle. Ce raisonnement était fondé sur le principe que la personne moralement innocente devrait échapper à la sanction pénale. Pour qu'il y ait sanction, il doit y avoir un élément de faute.

Il ressort des motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, qu'une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Il est précisé, à la p. 238 de cet arrêt:

Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction.

... La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif.

Les dispositions de la Loi énoncées précédemment exigent la preuve de deux éléments de la faute: l'un subjectif, l'autre objectif.

Pour satisfaire à l'élément subjectif, il incombe au ministère public de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et en connaissait

terms of that agreement. Once that is established, it would ordinarily be reasonable to draw the inference that the accused intended to carry out the terms in the agreement, unless there was evidence that the accused did not intend to carry out the terms of the agreement.

In order to satisfy the objective element of the offence, the Crown must establish that on an objective view of the evidence adduced the accused intended to lessen competition unduly. This surely does not impose too high a burden on the Crown. Section 32(1)(c) requires that the Crown demonstrate that the effect of the agreement will be to prevent competition or to lessen it unduly. Once again, it would be a logical inference to draw that a reasonable business person who can be presumed to be familiar with the business in which he or she engages would or should have known that the likely effect of such an agreement would be to unduly lessen competition. Thus in proving the *actus reus* that the agreement was likely to lessen competition unduly, the Crown could, in most cases, establish the objective fault element that the accused as a reasonable business person would or should have known that this was the likely effect of the agreement.

It must be remembered that if there are two possible interpretations of a statutory provision, one of which embodies the *Charter* values and the other does not, that which embodies the *Charter* values should be adopted. (See *Hills v. Attorney General of Canada*, [1988] 1 S.C.R. 513.)

In summary then, the Crown must establish the subjective fault elements that the accused had the intention to enter into the agreement and was aware of its terms. As well, the Crown must demonstrate that the proof, viewed objectively (i.e., by a reasonable business person), establishes that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into by the accused would be to prevent or lessen competition unduly.

Section 32(1)(c) of the Act does not therefore violate s. 7 of the *Charter*.

les modalités. Lorsque cet élément est démontré, il serait normalement raisonnable de déduire que l'accusé avait l'intention de donner suite aux modalités de l'accord, à moins qu'il y ait des éléments de preuve du contraire.

Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence. Cette exigence n'impose certainement pas une charge trop lourde au ministère public. L'alinéa 32(1)c exige que le ministère public démontre que l'accord aura pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Encore une fois, il serait logique de présumer qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable qui, peut-on supposer, connaît bien son commerce savait ou aurait dû savoir, qu'un tel accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence. Par conséquent, le ministère public qui démontre l'*actus reus*, soit que l'accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence, pourrait, dans la plupart des cas, établir l'élément de faute objectif selon lequel l'accusé savait ou aurait dû savoir, en tant qu'homme ou femme d'affaires raisonnable, que c'était là l'effet vraisemblable de l'accord.

Il faut se rappeler que dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la *Charte* et l'autre non, il convient d'adopter la première. (Voir *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.)

Bref, le ministère public doit démontrer les éléments de faute subjectifs selon lesquels l'accusé avait l'intention de conclure l'accord et était au courant de ses modalités. De même, il doit démontrer que la preuve, interprétée de façon objective (c.-à-d. par un homme ou une femme d'affaires raisonnable), établit que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant que l'accord qu'il a conclu aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence.

L'alinéa 32(1)c) de la Loi ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

VII. Answers

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) in whole or in part inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. Is s. 32(1.1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now s. 45(2) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34) inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. If the answer to questions 1 or 2 is yes, is the infringement nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

VIII. Conclusion

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax; Patterson Kitz, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice (Legal Branch, Consumer & Corporate Affairs), Hull.*

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

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

VII. Réponses

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

a 1. L'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

c 2. Le paragraphe 32(1.1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant le par. 45(2) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34), est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

d Réponse: Non.

e 3. Si la réponse à la première ou à la deuxième question est affirmative, l'atteinte est-elle néanmoins justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

f VIII. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

g *Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax; Patterson Kitz, Halifax.*

h *Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice (Services juridiques, Consommation et Affaires commerciales), Hull.*

i *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the interveners the Association québécoise des pharmaciens propriétaires et al.: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs des intervenants l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et autres: McCarthy Tétrault, Montréal.*